LE DROIT

ET

L'ESPRIT DÉMOCRATIQUE

MONTPELLIER — IMPRIMERIE SERRE ET ROUMÉGOUS
5, rue Vieille-Intendance, 5

TRAVAUX ET MÉMOIRES DE MONTPELLIER

SÉRIE LITTÉRAIRE — II

LE DROIT

ET

L'ESPRIT DÉMOCRATIQUE

PAR

J. CHARMONT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

SOURCES DU DROIT POSITIF A L'ÉPOQUE ACTUELLE
LA SOCIALISATION DU DROIT — L'ABUS DU DROIT
LA PROPRIÉTÉ CORPORATIVE — LE ROLE DES ASSOCIATIONS ET LA CONSTITUTION DE LA PROPRIÉTÉ CORPORATIVE — L'ARMÉE ET LA DÉMOCRATIE
L'ESPRIT JURISTE
LES ANALOGIES DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET DE LA JURISPRUDENCE CIVILE

MONTPELLIER

COULET ET FILS, ÉDITEURS

Libraires de l'Université

5, Grand'Rue, 5

1908

C'est une tâche bien vaine que celle de rassembler, pour les réunir en volume, des conférences ou des articles de revues, qui n'ont eu aucune prétention, et ne répondaient qu'aux préoccupations d'un petit nombre de personnes. Nous avons donc besoin d'une excuse ; la seule que nous puissions donner, c'est qu'en rapprochant des études faites à différents moments, nous voyons mieux qu'elles ont le même objet et s'inspirent d'une même pensée. Quelle sera l'influence de la démocratie sur le droit? Quelle idée se fera du droit la démocratie, et comment se donnera-t-elle à elle-même l'esprit de légalité? Son avenir dépend en partie de la solution de cette question.

La société nouvelle ne diffèrera pas de celle qu'elle tend à remplacer si le droit n'est pour elle qu'un instrument d'oppression, une arme entre les mains d'une classe ou d'un parti : elle ne sera vraiment supérieure que si elle conçoit et réalise un autre idéal de justice.

Octobre 1907.

LE DROIT

ET

L'ESPRIT DÉMOCRATIQUE

I

SOURCES DU DROIT POSITIF

A L'ÉPOQUE ACTUELLE (1)

Lorsqu'on a bien voulu me demander de m'entretenir avec vous, j'ai pensé que toute la série des questions, — vers lesquelles on se sent tout d'abord attiré quand on parle à des philosophes, parce qu'elles constituent pour le droit et la philosophie une sorte de matière commune, — étaient précisément celles qu'il convenait d'écarter pour ainsi dire *a priori*.

---

(1) Sommaire de deux conférences faites aux étudiants en philosophie de la Faculté des lettres de Montpellier.

Qu'est-ce que le droit? Est-ce une donnée de la raison ou du sentiment? Ce qu'on peut penser de ces questions dans le monde des juristes serait sans intérêt pour vous. Je serais très tenté de croire, du reste, que le juriste n'en pense rien: le droit n'est pour lui qu'une sorte d'instinct (1), affiné par l'éducation: il y a un sens du droit, comme il y a un sens moral ou un sens esthétique: entre les hommes doués de cet instinct développé par des procédés et dans des conditions à peu près identiques se retrouvent un certain nombre de traits communs. Ces traits sont ceux de l'esprit juriste.

Ce qui m'a paru plus désirable et plus utile, ce que je voudrais essayer, ce serait de vous donner quelques vues objectives sur le droit.

Comment le droit se manifeste-t-il? Sous quelles formes se présente-t-il, spécialement, à l'époque actuelle? Il n'y a pas là seulement matière à informations. C'est une étude qui a l'avantage de nous mettre en présence du problème qui préoccupe le plus les juristes à l'heure présente, celui de savoir comment et par quelle méthode d'interprétation peuvent se concilier le respect et le progrès du droit: — la sécurité des relations juridiques qui suppose la stabilité, la fixité, — et l'adaptation constante aux besoins de la vie sociale, qui suppose l'évolution et le changement.

---

(1) Brissaud, *Histoire générale du Droit français*. Introduction, t. I, p. 4.

Vous savez tous que les manifestations du droit peuvent être extrêmement variées : le droit, suivant les époques, et parfois à la même époque, peut se présenter sous forme de coutumes, de lois écrites, d'ouvrages de doctrine, de décisions judiciaires. Prenez par exemple un droit en voie de formation, comme le droit international public : il est encore dénué de sanction et son caractère obligatoire est à peine indiqué. Des usages souvent incertains, des décisions d'arbitres, des conventions parfois imposées par la force, et même de simples déclarations unilatérales, voilà les seules sources du droit. Il en a été ainsi autrefois dans chaque nation. Chez les Grecs, « dans l'état social décrit par Homère, il n'y a ni règles obligatoires au sens moderne, ni juges proprement dits : il n'y a que des arbitres choisis par les parties, ordinairement parmi les anciens de la tribu (1) ». L'arbitrage, d'abord facultatif, tend à prendre un caractère obligatoire; les sanctions d'opinion se transforment en sanctions effectives imposées par le groupe ; les coutumes, longtemps, incertaines, imprécises, sont, à un moment donné, constatées par écrit. On arrive enfin à la loi proprement dite, — la loi, « *Verbe parfait du droit* », — règle édictée par l'autorité souveraine d'un pays et à laquelle les citoyens de ce pays sont tenus d'obéir. Lorsque des lois écrites relatives à un même objet présentent une certaine étendue et une grande importance, on leur

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains,* t. I, p. 23.

donne d'ordinaire le nom de Code. C'est une question longtemps discutée que celle de savoir s'il vaut mieux laisser au droit sa forme coutumière, ou s'il n'y a pas avantage à le constater officiellement et rassembler toutes les lois en un petit nombre de recueils. En Allemagne, notamment, cette question fut, au début du XIXe siècle, le principal sujet de controverse entre l'école historique et l'école philosophique (1), entre SAVIGNY et THIBAUT.

SAVIGNY, très hostile au travail de codification qui venait de s'accomplir en France, voyait dans les Codes un obstacle au libre développement du droit (2). Le droit est la résultante des idées et des besoins d'un peuple : par suite, il doit subir l'influence des changements auxquels est soumise la vie sociale. Seules, les coutumes peuvent se plier à ces variations incessantes et rester en harmonie avec les mœurs et les besoins du milieu dans lequel elles se développent. La rédaction des lois et plus encore leur codification présentent un double inconvénient. Elle dénature le droit, en en faisant trop souvent l'expression de la volonté arbitraire du législateur. Elle le fixe à l'état où il se trouve au moment où on le codifie : ainsi elle l'immobilise et s'oppose à ses progrès.

---

(1) Sur cette polémique : LERMINIER, *Introduction générale à l'étude du Droit*, 1829, p. 243 et sq. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 2e édit., 1904, p. 51.

(2) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

Au contraire, l'école philosophique considérait la rédaction officielle de la loi comme une garantie nécessaire pour ceux qui doivent obéissance à cette loi ou qui peuvent être appelés à l'invoquer (1). Les usages, en effet, sont incertains et difficiles à constater. Le plaideur est obligé de recourir à des enquêtes interminables et ruineuses pour établir l'existence d'une coutume contestée, et souvent ces enquêtes aboutissent à des résultats contradictoires. Insécurité du justiciable, arbitraire du juge, qui peut à son gré faire la loi sous prétexte de l'appliquer, — voilà les inconvénients inséparables du système coutumier, inconvénients auxquels la codification seule peut remédier.

Aujourd'hui la question ne se discute plus, et l'opinion s'est prononcée. De part et d'autre on avait commis d'évidentes exagérations (2). — On s'accorde à reconnaître que l'unité législative et la fixité de la loi sont de grands avantages pour un peuple, et que ces avantages l'emportent de beaucoup sur les inconvénients possibles d'une codification. Ces inconvénients, d'ailleurs, peuvent être très atténués, si l'on tient compte de certaines critiques justifiées de l'école historique. L'école historique avait raison de dire qu'une législation doit être l'expression des besoins

(1) THIBAUT, *Uber die Nothwendigkeit eines allgmeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland,* 1814.

(2) GLASSON, *Comptes rendus des séances de l'Académie des Sciences morales et politiques,* 1886, t. II, p. 155.

sociaux et non pas l'œuvre arbitraire d'un législateur, mais cela n'implique pas qu'on doit s'en tenir nécessairement au système des coutumes. Cela prouve uniquement qu'un code ne s'improvise pas, et qu'en rédigeant officiellement la loi on est tenu de l'adapter au milieu pour lequel elle est faite, en s'inspirant tout à la fois des institutions anciennes et des nécessités du temps présent. De même un code n'est pas nécessairement immuable : il peut être soumis à des revisions périodiques ; il ne doit pas tout prévoir et tout régler. S'il laisse une place à l'action créatrice de la pratique, qui cherche et trouve elle-même le moyen de donner satisfaction à des besoins nouveaux, s'il peut être incessamment complété par la jurisprudence, on ne peut dire qu'il s'oppose au progrès de la science.

« C'est en ce sens et dans cette mesure qu'a triomphé le système de la codification (1) » : ces réserves faites, on peut dire qu'il tend à prévaloir partout. Tous les États qui se sont constitués de notre temps, en se réclamant du principe des nationalités, ont voulu compléter leur unité politique par l'unité législative. Cette unité est réalisée en Italie depuis 1866. En Allemagne, le nouveau code civil, promulgué depuis 1896, est entré en application le 1er janvier 1900. En Suisse, le projet de code civil est soumis aux délibérations de l'Assemblée fédérale. En Angleterre,

---

(1) GLASSON, *loc. cit.*, p. 155. Conf. Eugène HUBER, *Introduction à l'Exposé des motifs de l'avant projet du Code civil suisse*, t. Ier, p. 1 et sq.

où le fond de la législation est resté coutumier, on voit constamment d'importantes modifications réalisées dans le droit privé par une intervention législative. A défaut de codification, on opère des *consolidations*, qui, pour des matières déterminées, ont pour but et pour résultat de fixer et de simplifier des lois ou coutumes antérieures.

En France, la majeure partie de notre législation a été codifiée sous le Consulat et le premier Empire. Nos codes sont au nombre de six : le plus important est le Code civil, promulgué en 1804, qui détermine la condition des personnes dans l'État et la famille, leur capacité, et leurs droits pécuniaires. Toutes les matières du droit ont été codifiées, à l'exception du droit administratif, dont la codification, à raison de la solidarité qui existe chez nous entre l'administration et la politique et du grand nombre de principes qui seraient remis en question, ne paraît pas prochaine

I

Un siècle s'est écoulé depuis que cette œuvre de codification s'est accomplie. Ne convient-il pas de la reprendre à nouveau, d'entreprendre une revision générale de notre droit privé ? La question est aujourd'hui posée : mais ce n'est pas celle qui doit nous arrêter, et sur laquelle je désirerais spécialement appeler votre attention. J'ai déjà dit que je voulais vous amener à constater que la codification n'a pas pu tarir toutes les autres sources du droit. Un code

ne peut pas être la loi unique et immuable d'un pays.

Et d'abord, il ne parvient jamais à supprimer absolument le passé. Quelles que soient les formules d'abrogation, si larges et générales qu'on puisse les supposer, elles laissent toujours subsister des parties du droit antérieur, par exemple, des dispositions applicables aux matières qui n'ont pas été réglées. Les juristes qui participent à l'application des lois subissent l'influence de leur éducation et s'efforcent, consciemment ou inconsciemment, de maintenir dans la législation une certaine continuité. En second lieu, l'action législative ne s'arrête jamais complètement. Il peut y avoir après l'apparition d'un code une période de lassitude ou d'illusion. Mais la nécessité amène le législateur à remanier son œuvre : ces retouches et ces changements ne se comptent plus. Tantôt on incorpore les modifications dans le code lui-même, tantôt on promulgue des lois particulières : ainsi s'est élaborée toute une législation postérieure au Code civil. Dans tous ces cas, le procédé reste le même : la loi est écrite, elle est l'expression de la volonté formelle du pouvoir souverain.

Mais cette souveraineté elle-même est moins effective qu'on ne pourrait le croire.

Un grand nombre de lois oubliées ou méconnues subsistent comme une lettre morte. L'action du droit écrit est limitée. La loi ne peut se passer de l'adhésion de ceux auxquels elle s'applique ; et cette adhésion implique qu'elle s'impose à leur raison et leur

conscience. Tantôt le législateur devance l'opinion, qui reste indifférente ou hostile : des lois excellentes sur l'hygiène, la répression de l'ivresse publique, les mauvais traitements envers les animaux ne s'appliquent pas ou s'appliquent mal (1). Parfois aussi c'est l'opinion qui a raison contre le législateur : la loi est injuste ou arbitraire ; la résistance d'une petite minorité énergique, agissante, suffit à la mettre en échec.

Ainsi le droit écrit n'est pas tout et ne peut pas tout. D'autres sources du droit se font jour nécessairement : on peut leur opposer des obstacles ou leur faciliter la voie : on ne parvient jamais à les tarir, à les aveugler complètement.

Nous pouvons nous en rendre compte en observant quelques-unes de ces sources : jurisprudence, pratiques coutumières, opinions et doctrine des auteurs.

---

(1) «... Je crois que dans l'état des mœurs en France, quelle que soit l'action de la loi... on ne pourra se flatter d'aboutir à un résultat vraiment efficace que s'il se crée avant tout un courant d'opinion énergique, capable de prêter main-forte à la loi. Et c'est là ce qui nous manque le plus en France. Nous faisons des lois souvent excellentes au moins dans leur esprit, comme la loi sur le repos hebdomadaire par exemple, dont j'approuve entièrement le principe, sans en accepter toute la réglementation de détail. Mais immédiatement l'opinion, qui, d'instinct, reste toujours grondeuse, se met contre la loi ; la mode et le snobisme s'en mêlent et en rendent l'application impossible. » (SALEILLES, Lettre sur les maisons de jeu, *Relèvement social du 15 avril 1907*.)

II

On donne le nom de *Jurisprudence* à l'interprétation judiciaire de la loi. En principe, l'autorité d'une décision judiciaire se limite au seul cas envisagé par le juge qui a rendu cette décision. « Il est défendu aux juges, dit l'article 5 du Code civil, de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. » On a voulu par cette disposition prohiber les anciens arrêts de règlement, ceux par lesquels les Parlements déclaraient d'avance et d'une manière générale comment ils jugeraient à l'avenir telle question de droit, lorsqu'elle se poserait devant eux. Cet usage, qui rappelle celui du préteur romain publiant un édit, semblait une usurpation du pouvoir législatif. Ainsi, l'autorité des arrêts n'est pas susceptible d'être généralisée. Les Jugements, disait le jurisconsulte Bugnet, ne sont bons que pour ceux qui les obtiennent et seulement dans la cause où ils sont obtenus. Un tribunal n'est donc lié ni par ses décisions antérieures ni, à plus forte raison, par celles des autres tribunaux.

Cependant, ces principes ne sauraient empêcher deux choses: la première, c'est la tendance instinctive des corps constitués « à se créer une tradition (1) », à conformer leur conduite future à leur conduite passée. Quand on a pris parti sur une

(1) Planiol, *Traité de Droit civil*, 3e édit. t. I, p. 46.

question, et qu'elle se présente de nouveau, on est prédisposé à la trancher de la même manière ; on ne se déjuge pas facilement. C'est la loi du moindre effort : on s'épargne une peine, en même temps qu'on évite de se mettre en contradiction avec soi-même.

En second lieu, l'autorité conférée à la Cour de Cassation tend à constituer une unité de jurisprudence. La Cour de Cassation, en principe, ne juge que le droit : elle ne donne pas de solution au procès, elle se borne à casser les arrêts qu'elle estime contraires à la loi : mais, après deux cassations, la juridiction à laquelle est renvoyé l'examen de l'affaire doit se conformer, quant au point de droit, à la décision rendue par la Cour de Cassation, toutes chambres réunies. Ses arrêts, par cela même, prennent une autorité prépondérante : lorsqu'un plaideur peut invoquer une décision antérieure pour appuyer sa prétention, le juge de première instance ou d'appel incline à lui donner raison, puisque la Cour de Cassation peut, en définitive, faire prévaloir son opinion, en cassant tous les jugements consacrant une opinion contraire.

On s'explique donc aisément que la jurisprudence tende à se fixer et s'unifier. Peut-être est-il plus difficile de comprendre que les décisions isolées puissent être érigées en systèmes. Comment établir une relation entre des décisions d'espèces, rendues par les tribunaux différents, alors que le juge n'entendait résoudre que le cas qui lui était soumis. C'est pourtant un fait d'expérience, qu'une certaine

similitude, une certaine communauté de tendances se dégagent au bout d'un certain temps d'efforts même dispersés, appliqués à la même œuvre. «Toutes les fois que les hommes d'une même race (1), d'une même époque, d'une même éducation se livrent à un même travail d'une façon durable, qu'ils agissent par groupes ou isolément, il arrive qu'en fin de compte, *in the long run*, comme disent les Anglais, leurs efforts dispersés produisent des résultats concordants et homogènes. C'est ainsi que toute période historique, suffisamment tranchée, arrive à avoir son style, non seulement dans la littérature et les beaux-arts, mais aussi dans le mobilier et le costume... C'est ainsi, toutes proportions gardées, que la jurisprudence des tribunaux français est arrivée, personne ne le conteste aujourd'hui, à former un système logique, et à fournir une interprétation harmonique du Code civil. »

Il faut d'ailleurs ajouter que la doctrine, — on entend par là l'opinion des juristes, — facilite singulièrement cette œuvre de systématisation.

Nous n'avons pas la pensée d'exposer ici l'œuvre et les procédés de cette jurisprudence (2), de montrer comment elle s'est attachée, dans certains cas, à reprendre et développer des traditions anciennes, comment elle a dû, dans d'autres cas, suppléer au

---

(1) ESMEIN, La Jurisprudence et la Doctrine. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 9.

(2) Conf. SALEILLES, Le Code civil et la Méthode historique. *Livre du Centenaire du Code civil*, t. Ier, p. 123.

silence de la loi en créant une œuvre nouvelle, comment enfin elle a préparé ou réalisé des réformes en consacrant les conséquences d'un principe de justice ou en réagissant contre des règles écrites ou surannées.

Bornons-nous à citer deux exemples : le contrôle judiciaire de la puissance paternelle, et les atténuations apportées à la prohibition de la recherche de la paternité.

En matière de puissance paternelle, une lutte, qui se poursuivait depuis longtemps entre deux conceptions, s'est achevée par le triomphe de l'une d'elles. La puissance paternelle a cessé d'être un droit établi en faveur et dans l'intérêt de celui qui l'exerce : elle est devenue un simple pouvoir de protection, un moyen pour le père de remplir ses devoirs envers l'enfant Le Code civil n'a fait que poser le principe : mais ce principe contenait en lui une secrète puissance d'action. Cette action s'est exercée à la fois sur le législateur et sur le juge. Des lois postérieures sont venues préciser les devoirs des parents, établir les sanctions qui manquaient. Mais bien avant que ces réformes fussent accomplies, les tribunaux se reconnaissaient un droit de contrôle sur l'exercice de l'autorité paternelle ; ils intervenaient toutes les fois qu'il y avait abus, lorsque le père manquait à ses devoirs ou détournait de son but le pouvoir qui lui appartenait. Ainsi, entre le père et les ascendants d'un enfant, il existe un dissentiment, une cause

quelconque d'inimitié. La puissance paternelle, dans ces conditions, va fournir à celui qui en est investi un moyen d'atteindre cruellement ses adversaires. Sans que l'intérêt du mineur puisse être invoqué pour justifier de pareilles mesures, le père interdira toutes relations entre les aïeuls et les enfants. Les tribunaux, dans ces sortes de cas, n'ont pas refusé d'intervenir; ils n'ont pas admis que le père pouvait dire : « Je ne dois compte à personne de ma conduite, ni des motifs qui l'ont dictée. » Sur la portée des dispositions qu'il convient de prendre, il peut y avoir des doutes; mais le droit d'intervention, aujourd'hui, n'est plus contesté. Les tribunaux sont juges des motifs que le père peut avoir pour interdire à ses enfants toutes relations avec d'autres parents. De même avant la loi du 24 juillet 1889, le père indigne n'encourait aucune déchéance : l'autorité paternelle subsistait dans des cas où l'indignité des parents était cependant manifeste. Des parents condamnés pour avoir maltraité ou séquestré leurs enfants, pour avoir contrevenu à plusieurs reprises et de la façon la plus grave à la loi sur le travail des mineurs dans l'industrie, conservaient tous leurs droits en dépit de ces condamnations. Eh bien, dans tous ces cas, les tribunaux, sans nier ouvertement le droit du père, sans prononcer aucune déchéance, revendiquaient leur pouvoir de contrôle, et prenaient les mesures nécessaires pour sauvegarder le droit de l'enfant. On suspendait le droit de garde, on décidait, par

exemple, que l'enfant serait confié à sa mère, ou même à une tierce personne (1).

La jurisprudence ne fait ici que dégager les conséquences d'un principe posé par la loi : nous allons la voir procéder tout autrement lorsqu'elle se trouve en présence d'une règle injuste, dont elle essaie d'atténuer les effets.

Dans son ensemble, le système du Code sur la preuve de la filiation naturelle peut se résumer de la façon suivante. Il n'y a de rapport de droit entre l'enfant naturel et ses parents, qu'autant que ceux-ci l'ont volontairement reconnu. A défaut de reconnaissance volontaire, toute recherche est interdite contre le père (2) ; la recherche judiciaire est permise contre la mère, mais subordonnée à certaines conditions qui rendent le succès difficile (3).

En édictant cette prohibition de la recherche de la paternité, la loi prend parti contre la morale, entre en lutte ouverte avec elle. La réprobation qu'elle a

---

(1) Cassation, 3 mars 1856. DALLOZ, 56, 1re p., page 290.

(2) *Art. 340* C. c. : La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.

(3) *Art. 341* : La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée.

Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.

suscitée s'est traduite non seulement par de nombreuses tentatives de réforme législative, mais aussi par une influence marquée sur la jurisprudence. De nombreux arrêts ont admis : 1° la validité de l'engagement pris par le séducteur de subvenir aux frais d'entretien de l'enfant (1); 2° le droit pour la femme séduite et abandonnée d'obtenir du séducteur une réparation pécuniaire (2). Comment de telles solutions peuvent-elles se concilier avec l'article 340 ? Les tribunaux, en prononçant des condamnations, se gardent bien de considérer le fait de la paternité comme établi. Dans le premier cas, lorsqu'il y a un engagement pris, ils constatent simplement que cet engagement a une cause valable. Le juge n'a pas à rechercher si le séducteur est le père de l'enfant : il lui suffit de constater qu'il a cru avoir des devoirs à remplir : cette croyance sert de cause licite à son obligation. Dans le second cas, en agissant contre le séducteur, on fonde l'action sur ce principe très général que chacun doit réparer le dommage causé par sa faute : ce principe est sanctionné par un texte, l'art. 1382.

En réalité, on ne peut pas s'y tromper. Ces décisions, de quelque façon qu'on les explique, sont des tempéraments apportés à la rigueur et à l'injustice de la loi. Par cela même, le juge se sent en quelque sorte arrêté, embarrassé. La protection, qu'en cons-

(1) Cass., 3 avril 1882. DALLOZ, 82, I, 250.

(2) Dijon, 10 février et 27 mai 1892, SIREY, 92, II, 197.

cience il ne croit pas pouvoir refuser, a toujours quelque chose d'incomplet, d'incertain, d'exceptionnel. On admet communément que le seul fait de la séduction même suivie de grossesse ne suffit pas, il faut qu'elle soit accompagnée de certaines circonstances : abus d'autorité, promesse de mariage (1). Si l'on allègue qu'il y a eu promesse de mariage, il faut l'établir par preuve écrite ou tout au moins pouvoir invoquer un commencement de preuve par écrit. Quelques rares décisions (2) ont admis qu'une réparation pouvait être due, quoiqu'il n'y eût pas eu séduction : l'absence de séduction rend la faute commune ; elle atténue la responsabilité, mais ne la supprime pas.

Nous ne pouvons pas nous permettre de multiplier les exemples : il en faudrait beaucoup d'autres pour montrer toute la portée de cette action créatrice ou réformatrice de la jurisprudence — tout le parti qu'elle a tiré de certaines théories, celles de la cause, de l'ordre public, de la responsabilité des fautes. Il convient du moins d'observer que cette jurisprudence n'est pas le fait d'une magistrature envahissante, décidée à sortir de son rôle, à lutter contre la loi. Le sentiment du corps judiciaire n'est pas hostile à la loi ; on pourrait dire que, s'il y a dans la loi un reste de prévilège, une part de préjugés, d'esprit de classe, le plus souvent les magistrats partagent ces préjugés

(1) Cass. 25 février 1890 ; SYREY, 93, I, 423.

(2) Tribunal de Gray, 5 juin 1902. *Revue critique de législation*, 1903, p. 12.

et s'inspirent du même esprit. Ils ont subi pourtant la pression des faits. On en trouverait la preuve saisissante dans la jurisprudence administrative. Le Conseil d'État, qui l'a créée, a toujours été composé de hauts fonctionnaires, amis du Pouvoir et ne s'indignant pas volontiers contre les procédés abusifs de la politique : ce sont cependant les mêmes hommes qui ont réprimé ces abus — endigué, resserré le domaine de la raison d'État. C'est qu'en effet, par la force des choses, le juge « arbitre de l'application de la loi aux espèces individuelles » (1), sera toujours un agent d'adaptation, de modification du droit.

III

« Les conventions légalement formées, dit un article du Code civil (1134), tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ainsi, nous sommes obligés, non seulement par la loi, mais par les conventions que nous avons signées. Quand nous nous assurons, quand nous faisons un contrat de mariage, un contrat d'édition, quand nous prenons un billet de chemin de fer, nous contractons et nous nous obligeons. Souvent nous ne prêtons pas une grande attention aux clauses de cette convention; nous les subissons sans discussion possible : ce qui n'empêche pas que, le cas échéant, on pourra nous les opposer. Habi-

(1) SALEILLES, Le Code civil et la Méthode historique, *loc. cit.*, p. 126.

tuellement, ces conventions ne sont pas l'œuvre directe des parties; celles-ci les doivent à l'usage, à l'intervention ou aux conseils des praticiens. Les clauses d'un acte reproduites dans un autre deviendront de style; on finira par les supposer, en cas de silence et d'oubli; un jour viendra où la loi à son tour adoptera ces clauses et les insérera dans les modèles de contrats auxquels les parties sont censées se référer toutes les fois qu'elles n'ont pas exprimé de volonté contraire. La pratique coutumière aura donc ajouté quelque chose à la loi : dans d'autres cas, elle l'aura peu à peu détruite, abrogée. Beaucoup de dispositions gênantes sont éludées ou contredites par les parties. Il n'y a qu'une seule limite à cette liberté des actes juridiques, c'est le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs que le Code n'a pas définis (1).

Voilà bien, comme on l'a dit (2), « l'organe de la coutume rêvé par SAVIGNY». Le praticien, le notaire particulièrement, devient l'auxiliaire ou l'adversaire de la loi; il la complète, l'améliore, ou la traite en ennemie et permet aux parties de se soustraire à ses prescriptions. Grâce à lui, telle institution défectueuse cesse d'être nuisible, ou tout au moins de l'être trop. Ainsi notre régime foncier est mal conçu et mal organisé ; il n'existe aucun moyen légal de savoir si

(1) *Art. 6* C. c. : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qu'intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

(2) SALEILLES, *loc. cit.*, p. 105.

telle personne est vraiment propriétaire de la maison qu'elle offre d'aliéner. Cependant les évictions et les revendications sont rares grâce à l'intervention et à l'expérience des notaires. Le sort d'un régime nuptial dans une région déterminée dépend, en partie, de l'attitude des hommes d'affaires : s'ils le redoutent, ils chercheront des armes contre lui et finiront par en avoir raison. S'ils l'adoptent, ils viseront à l'améliorer, le rendront plus sûr et plus facile (1).

Nous citerons de cette action de la pratique coutumière un seul exemple, un peu spécial, mais pourtant caractéristique, — la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

L'hypothèque légale sur les biens du mari est une garantie donnée à la femme pour le recouvrement de sa dot et l'exercice de ses reprises. Au cours du mariage, on ne sent pas bien l'utilité de cette protection : elle n'est qu'éventuelle, et l'on est porté à supposer que la femme réalisera ses droits sans recourir à cette garantie. En attendant, l'hypothèque est une gêne pour les époux, pour le mari particulièrement, dont elle paralyse le crédit. On a donc cherché à la faire dévier de son but, à la capter comme une force hostile susceptible d'être utilisée. La subrogation au bénéfice de l'hypothèque légale est le moyen à l'aide duquel on a reconstitué le crédit du mari paralysé par cette même hypothèque. La pratique a pour ainsi dire retourné contre la

(1) Conf. CHARMONT, *Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier*, p. 13.

femme l'avantage que la loi avait voulu lui conférer. Et c'est un fait bien connu, que personne ne veut traiter avec un homme marié sans demander l'intervention et la renonciation de sa femme (1).

IV

Le droit romain impérial attribuait un caractère officiel à certains jurisconsultes investis du *jus publice respondendi*. Leurs consultations jouissaient d'une autorité particulière: à certaines conditions, elles acquéraient force de loi (2).

Il n'y a plus rien de semblable à notre époque : les juristes sont aujourd'hui des écrivains comme les autres, discutant des idées, défendant des thèses. Leurs opinions ne s'imposent dans aucun cas : le

---

(1) « Je crois que les hommes pratiques qui se trouvent dans cette commission seront de mon avis : pour toute femme qui n'est pas mariée sous le régime dotal, le résultat le plus clair de l'hypothèque légale, c'est que la femme est ruinée toutes les fois que le mari se ruine. » Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre. Observations de M. Bufnoir, t. I, p. 258. — Nous ne parlons pas du rôle de la coutume en droit public : il serait facile de montrer que son importance n'est pas moindre. Il suffit d'observer que notre Constitution reste en grande partie coutumière : c'est la coutume qui a réduit les pouvoirs du Président de la République et exagéré ceux des ministres, dont il est à peine fait mention dans la Constitution.

(2) « Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere. » (*Inst. Gaius,* I, 7.)

législateur et le juge peuvent n'en tenir aucun compte, les négliger, les ignorer. Elles ne sont pas cependant sans avoir, en fait, une certaine influence, mais qui s'apprécie difficilement.

Tous ceux qui écrivent sur le droit ont toujours revendiqué au regard de la loi et des arrêts un droit de libre examen, de libre critique. Le respect de la loi dans un pays libre n'interdit pas de la discuter et de la désapprouver. Le respect de la chose jugée n'implique pas une adhésion forcée à la sentence du juge. Les décisions publiées dans les Recueils judiciaires sont accompagnées de notes, de dissertations parfois très importantes, et donnent lieu dans des Revues à des examens critiques. La solution et la doctrine de l'arrêt sont appréciées, discutées avec une entière indépendance. Alors même que le juge resterait indifférent à ces critiques, elles peuvent n'être pas sans portée. Elles fourniront les arguments des pourvois, se retrouveront dans les mémoires et les plaidoiries d'avocats. Ceux-ci n'ont plus l'habitude de plaider longuement le point de droit: ils s'attachent avant tout à l'exposé des faits. On incline à remplacer la discussion des questions controversées par une énumération d'opinions et d'arrêts. On sait que le juge qui va prendre la responsabilité d'une décision a besoin d'être rassuré, et s'attache plus volontiers à la solution défendue par un auteur dont le nom fait autorité.

Il convient pourtant d'observer qu'il y eut, pendant longtemps, entre la doctrine et la jurisprudence une

grande opposition de tendances (1). Les tribunaux statuant sur des cas particuliers comptaient davantage avec les faits contingents, les exigences de l'équité et de la pratique. La doctrine, plus systématique, exagérait la part de l'élément logique. Dans les anciens livres de droit, on opposait souvent la solution des auteurs à celle de la jurisprudence. Les professeurs négligeaient de citer des arrêts, et volontiers ne voyaient dans la pratique qu'un compromis, une déformation arbitraire de la loi. Parfois toute la doctrine se passionnait, et sur une question engageait une lutte prolongée; dans bien des cas, la jurisprudence résistait, mais on peut citer aussi des revirements mémorables (2), que la doctrine comptait comme des succès.

Aujourd'hui, cette opposition a presque entièrement disparu: entre la doctrine et la jurisprudence tend plutôt à s'établir une sorte de collaboration. Sans abdiquer leurs droits de critique, les auteurs s'attachent à raisonner la jurisprudence beaucoup plus qu'à la discuter. On la considère comme une source complémentaire du droit, comme une histoire du droit qui se fait sous nos yeux. Et même, au lieu

(1) ESMEIN, La Jurisprudence et la Doctrine, *loc. cit.*, p. 9.

(2) Dans la question du cumul de la quotité disponible et de la réserve, l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation du 27 novembre 1863 (DALLOZ, 64, I, 5); dans la question des reprises de la femme commune, l'arrêt de Cassation du 16 janvier 1858 (DALLOZ, 58, I, 5).

de la suivre de loin, certains juristes ont plutôt l'ambition de la devancer et d'éclairer sa route, d'élargir ou de frayer la voie dans laquelle elle hésite à s'engager (1).

Sans prétendre faire ici l'histoire de la doctrine, de sa contribution au progrès du droit, je voudrais dire un mot seulement de sa méthode et des tendances qui se sont accusées au cours de ces dernières années.

M. GENY, dans un livre (2) qui a le rare mérite d'avoir en grande partie inspiré ou provoqué ce mouvement d'idées, a fait l'analyse critique des méthodes d'interprétation juridique. Les deux traits caractéristiques de la méthode traditionnelle lui paraissent être l'exagération de l'élément légal et l'abus des abstractions logiques.

On exagère l'élément légal en prétendant rattacher à la loi écrite les solutions de toutes les questions qui peuvent se présenter. Le juriste raisonne sur les données fournies par le législateur, qui est censé avoir tout prévu, tout réglé. Cette prévision n'est pas expresse : il est bien évident qu'on ne pouvait pas concevoir toutes les hypothèses susceptibles de se présenter. Mais les décisions indiquées par les textes s'expliquent par une idée, un principe direc-

---

(1) V. SALEILLES, École historique et Droit naturel, *Rev. de Dr. civil*, 1902, p. 104.

(2) GENY, *Méthode d'interprétation et Sources en Droit privé positif*, Paris, 1899.

teur. C'est ce principe que l'interprète doit découvrir : son rôle est d'en dégager toutes les conséquences.

Le danger de ce procédé, c'est qu'il paralyse le progrès, et ne respecte la loi qu'en apparence. Le commentateur, en croyant se borner au rôle d'interprète, en réalité, crée ses propres principes, et les prête au législateur pour leur donner force de loi.

L'abus de l'élément logique n'a pas un moindre inconvénient. Le jurisconsulte n'est plus qu'un raisonneur sacrifiant tout à la logique, sans s'inquiéter de savoir si la solution à laquelle il arrive est inique ou absurde. Il perd le sens du juste et de l'injuste, de ce qui est humain et de ce qui ne l'est pas. Les constructions logiques finissent par devenir une sorte d'*idola fori* : le législateur lui-même n'a pas le courage d'y toucher (1).

Sans chercher à dissimuler les conséquences mauvaises de cette méthode, il faut observer cependant qu'elle n'a pas eu tous les inconvénients qu'elle devait et pouvait avoir. Les résultats ont été le plus souvent atténués, corrigés par les qualités de ceux qui la pratiquaient, par leur esprit d'équité, leur modération, leur sens pratique. Les juristes n'ont pas

---

(1) Ainsi, au moment du vote de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations, la théorie de la personnalité civile envisagée comme une concession expresse de l'État conservait son influence sur le législateur, au moment où la science juridique tendait à l'abandonner.

échappé à l'influence de leur temps; ils ont emprunté à l'histoire et aux autres sciences sociales la méthode d'observation. Ils ont compris la nécessité de se renseigner sur la réalité, de s'instruire par les enquêtes, les consultations d'intéressés, les statistiques. On aperçoit aujourd'hui les imperfections et les injustices de la loi; on ne se livre plus à la toute-puissance de la logique; on pèse la conséquence du parti qu'on adopte; on a davantage le sentiment de sa responsabilité.

Il y a donc une part d'exagération dans les critiques adressées à la méthode traditionnelle, mais il y a aussi une part d'incontestable vérité.

Pour échapper aux conséquences de cette méthode, peut-être suffit-il de vouloir les éviter, et de l'appliquer avec mesure. Mais la plupart de ceux qui ont signalé ces dangers les considèrent comme inhérents à la méthode elle-même et croient nécessaire de la condamner et de l'abandonner. La nouvelle école a pris pour devise : « Par le Code civil, au delà du Code civil »; mais dans cette école même on peut distinguer deux tendances, deux conceptions particulières, celle de SALEILLES, celle de GENY, la théorie de l'*adaptation* et celle de la *libre recherche.*

La première estime avant tout que l'interprétation des lois ne consiste pas à découvrir les intentions secrètes de ceux qui les ont faites (1), l'interprète « ne doit pas s'attacher à rechercher obstinément la pen-

(1) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, p. 213, N° 43.

sée du Code en rédigeant tel ou tel article; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux » (1). La loi n'est pas immuable : elle est l'expression de la conscience sociale; elle évolue comme cette conscience elle-même. Le juge a pour mission de constater cette transformation, « d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (2). Le danger, c'est évidemment l'arbitraire du juge; les partisans de cette méthode le savent et veulent s'en préserver. Ils n'entendent pas que le juge puisse à son gré appliquer ou ne pas appliquer la loi : il doit l'appliquer toutes les fois qu'elle est impérative et claire; dans aucun cas, il n'est autorisé à faire l'application de ses conceptions personnelles et purement subjectives. Pour qu'une conception puisse être prise en considération, il faut qu'elle se soit déjà réalisée objectivement, qu'elle soit sanctionnée par des lois postérieures, ou tout au moins acceptée par la conscience juridique collective : ce qui équivaut à dire que l'interprète ne peut considérer une disposition comme blâmable, abusive, qu'autant que l'opinion moyenne la considère comme telle (3).

La doctrine de la libre recherche est à la fois plus restrictive et plus hardie. Elle est plus restrictive car

---

(1) *Centenaire du Code civil*, Discours de M. Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de Cassation, p. 27.

(2) Ballot-Beaupré, *loc. cit.*, p. 27.

(3) Conf. Saleilles, École historique et Droit naturel. *Revue de Dr. civil*, 1902, p. 106.

elle n'admet pas que l'interprète puisse donner à des dispositions légales une portée dépassant les prévisions et les intentions de ceux qui les ont rédigées. Il faut que les lois soient appliquées strictement. Mais on doit considérer qu'à côté de la loi écrite, il y a d'autres sources du droit : coutumes, traditions, libre recherche scientifique. On restreint l'action du juriste en matière d'interprétation proprement dite, mais on ouvre un autre domaine à son activité.

Ce domaine n'est-il pas plus restreint qu'on ne le croit ? — Est-il permis d'espérer qu'on puisse, par voie d'adaptation, ou de libre recherche, renouveler toute une législation vieillie, sans recourir à l'interprétation législative. Nous avons dit, ailleurs, que nous ne le pensions pas (1).

Actuellement, je ne prétends, tirer des aperçus qui précèdent aucune conclusion générale. J'ai voulu seulement signaler un certain nombre de constatations que je livre à vos réflexions. C'est un premier fait que la loi écrite n'est pas à elle seule tout le droit : c'en est un autre que l'œuvre du juriste ne consiste pas uniquement dans la comparaison et l'interprétation des textes. La méthode purement déductive ne lui suffit plus; l'observation, la connaissance des autres sciences sociales, la conscience de sa responsablité lui deviennent plus nécessaires (2).

(1) CHARMONT et CHAUSSE, Les Interprètes du Code civil. *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 172.

(2) Conf. SALEILLES, Les méthodes d'enseignement du droit

On pourrait se demander si cet élargissement des méthodes n'est pas lui-même un fait très général, commun à toutes les disciplines (1), histoire, littérature, philosophie. Le rationalisme n'est-il pas moins dogmatique, plus défiant de lui-même, plus en contact avec la vie qu'il ne l'était il y a cent ans? C'est une question à laquelle, mieux que moi, vous pourriez répondre.

---

et l'éducation intellectuelle de la jeunesse. *Rev. de l'Enseign.*, 1902, t. II, p. 312.

(1) Conf. GENY, *De la notion de droit positif à la veille du XX[e] siècle*, p. 14.

II

LA SOCIALISATION DU DROIT [1]

Annoncer qu'on se propose d'étudier la *Socialisation du droit*, c'est peut-être éveiller la curiosité ou la défiance, mais c'est aussi s'exposer à n'être pas compris. Social, socialiser, socialisation sont des mots dont on use beaucoup, qui se prêtent à bien des acceptions (2) : les noms ont aussi leur fortune, souvent injustement acquise. Pour être adoptés, répétés, ne leur faut-il pas, en même temps qu'une certaine résonance, quelque chose de vague, d'imprécis, d'équivoque. Pour qu'une formule ait comme une vertu mystérieuse, pour qu'elle fasse impression, il faut que chacun puisse lui donner une signification, qui réponde à sa propre pensée, il faut qu'elle puisse exprimer des intentions, qui ne sont pas toujours identiques, qui, parfois même, impliquent contradiction.

Si nous encourons un reproche, commençons du moins par indiquer dans quel sens nous prenons ce mot de socialisation. Il nous semble bien que c'est le

(1) Leçon d'introduction d'un cours de Droit civil.

(2) V. Hauser, Des différents sens de l'adjectif social, *Revue internationale de l'enseignement*, 1902, t. I, p. 23.

plus simple, le plus conforme à l'étymologie. Socialiser le droit, c'est le rendre plus compréhensif, plus large qu'il n'était, l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, — de l'homme à la femme, — du père à l'enfant, pour tout dire, c'est l'admettre au profit de tous les membres de la société. Et peut-être même un jour viendra où, tout être humain ayant sa part de droit, le droit dépassera l'humanité elle-même : les animaux, qui font aussi partie de la société, qui travaillent et qui meurent pour elle, dont la propriété est une dernière forme de l'esclavage, ne seront plus oubliés par la loi et seront protégés contre la dureté et la puissance de ceux qui les possèdent.

Ainsi la socialisation apparaît dans l'avenir comme un progrès continu, dont le dernier terme nous échappe. Dans le passé, elle est la réalisation, la marque visible des travaux accomplis.

Voyez, par exemple, le droit romain. La cité primitive n'est qu'une confédération de familles, et la loi n'est qu'un traité, un *modus vivendi* entre les différentes familles. Elles se rapprochent pour s'assurer une protection mutuelle, elles forment entre elles une alliance pour défendre leur vie, leurs biens, le produit de leur travail : le droit, c'est le fait de pouvoir invoquer cette alliance. Pour être protégé, il faut être membre d'une famille : celui qui n'a pas de famille n'a pas de droit. Il est dans le sens le plus ancien du mot *egens*, étranger à toute famille, sans assistance et sans appui: c'est en souvenir de son

acception primitive, que ce mot a désigné plus tard la misère, la privation de toute ressource (1). Toute une classe de gens vit ainsi en dehors du droit : c'est la plèbe, qui comprend les tard-venus dans la cité, les clients qui n'ont plus de patron, les vaincus qu'on a laissé vivre, les étrangers qui se sont installés, sans chercher où trouver de famille qui consente à les protéger en les adoptant. « Qu'allait devenir, dit M. CUQ (2), la foule sans cesse grossissante des plébéiens ? En se détachant de la *gens* dont il faisait partie, le client se privait du seul moyen qu'il avait de participer à la vie sociale. Membre d'une *gens*, il avait un patron pour le défendre en justice. Comme individu, il n'était rien : client hier, plébéien aujourd'hui, il restait sans droit, comme il était sans dieux. Destitué de la protection des dieux et des hommes, ce n'était plus qu'un paria. » Les réformes de SERVIUS, l'institution du tribunat de la plèbe adoucissent un peu leur condition. On commence à les compter dans la cité, en les admettant à faire partie des *centuries* ; mais la répartition des charges qu'on leur impose et des droits qu'on leur reconnaît se fait à leur désavantage, puisqu'on les relègue dans une seule centurie appelée à voter la dernière et destinée à n'être jamais consultée. La création du tribunat ne

(1) V. LABBÉ, Préface des *Institutions juridiques des Romains* de CUQ, p. III.

(2) *Institutions juridiques des Romains*. L'ancien droit, p. 45.

confère pas aux plébéiens des droits individuels, mais elle reconnaît leur existence en tant que classe. Le groupe est désormais représenté : il assure à ceux qui en font partie une protection moindre, mais analogue à celle que le patricien a trouvée dans sa *gens*. Les représentants de ce groupe n'ont pas d'attributions positives, mais ils peuvent paralyser l'action des magistrats, opposer une limite à leur autorité.

Toutes ces mesures préparaient et rendaient possible la transformation autrement importante qu'accomplit la loi des XII Tables. C'est elle qui fonde vraiment dans la cité l'unité du droit : elle a pour effet, selon le mot de Tite-Live, d'égaliser les droits, *æquare jura*. Nous pouvons la considérer comme *un premier essai de socialisation*. C'est là son caractère essentiel. Sous une autre forme, c'est bien, au fond, la même idée que les romanistes signalent à notre attention. « La loi des XII Tables, dit M. Cuq (1), se distingue des lois antérieures par un caractère qu'on a souvent méconnu. L'idée qui s'affirme dans l'œuvre des décemvirs, c'est celle d'un droit applicable à tous les membres de la cité, sans distinction de classe, et qui doit être immuable, comme la constitution même de la cité. » Désormais, le droit de propriété est accessible à tous les citoyens ; la vocation de successeur *ab intestat*, l'exercice de la tutelle, de la curatelle, ne sont plus des privilèges accordés à ceux qui font

(1) *Loc. cit.*, p. 137.

partie d'une *gens* ; plébéiens et patriciens participent indistinctement aux opérations du *nexum*, de la *mancipatio*; les uns et les autres peuvent recevoir des legs. L'ancienne inégalité cependant n'a pas entièrement disparu : la parole que Tite-Live (1) prête aux décemvirs : *se omnibus summis infimisque jura æquasse*, n'est pas tout à fait justifiée. Entre les deux ordres, le *connubium* est interdit. Le pouvoir législatif appartient toujours aux comices centuriates, où la prépondérance des premières classes de citoyens est assurée. L'interprétation des lois et l'administration de la justice sont réservées aux patriciens. C'est le Collége des Pontifes, qui détermine les jours *fastes* où l'action judiciaire peut être intentée, le rituel et les formes à observer pour l'exercice de cette action. Sans guide, sans assistance, le plaideur, qui marche dans cet obscur chemin, semé d'obstacles, est sûr de succomber : il sera victime d'une erreur, d'une inadvertance, enfreindra une prohibition qu'il ignore, et perdra son procès. La divulgation des formules d'actions par Ch. Flavius, fils d'affranchi, que la plèbe par reconnaissance élève au tribunat, est un événement mémorable dans l'histoire du droit romain : c'est un nouveau progrès, une forme nouvelle de socialisation, car l'égalité ne suppose pas seulement que tout le monde a des droits ; elle exige encore que chacun puisse utilement et pratiquement les exercer.

(1) III, 31.

Ce but étant donné, — assurer à chacun sa part de droit, — il importe de remarquer l'opposition qu'on peut constater entre les moyens successivement employés pour l'atteindre. Dans les sociétés primitives, l'individu n'est protégé qu'à la condition de faire partie d'un groupe. « Les hommes, a dit M. LABBÉ (1), ont commencé par vivre d'une vie juridique collective. » Aussi, dans cet état, pour assurer à l'être isolé un minimum d'assistance, un seul moyen paraît possible ; l'associer aux autres, créer un groupe nouveau ou l'incorporer dans un groupe existant. C'est cette assistance, cette aide pour la vie que le client, l'étranger affilié à une famille, la femme, l'enfant demandent à la *gens* à laquelle ils appartiennent. En dehors de la *gens*, nous savons qu'il n'y a plus de droit. Et c'est pourquoi la plèbe ne peut avoir de capacité juridique qu'à la condition de constituer un groupement nouveau ayant ses assemblées, ses ressources et ses chefs.

C'est là visiblement la première phase; la cité comprend un certain nombre d'associations naturelles ou artificielles, familles, classes sociales, corporations ouvrières. La loi détermine les droits et les obligations de ces associations, leurs rapports respectifs, la sphère d'action de chacune d'elles. Mais elle ne se préoccupe pas de ce qui peut se passer dans chaque groupe : les rapports que leurs membres

(1) *Loc, cit.*, p. III.

peuvent avoir entre eux ne sont pas réglementés. Ainsi l'individu protégé par sa *gens* ou sa corporation risque d'être opprimé par elle. Essayons de nous représenter la vieille famille romaine. Organisée par le droit et distincte de la parenté, elle constitue un groupe compact, une société comprenant plusieurs générations d'enfants et d'esclaves soumises à l'autorité absolue du *pater*. On peut dire que cette autorité s'exerce à peu près de la même manière sur les deux catégories de sujets : en d'autres termes, il n'y a pas de différences essentielles entre la puissance paternelle et la puissance dominicale. Ainsi sur les enfants et les esclaves l'autorité du père est perpétuelle. Elle s'exerce également sur les descendants des uns et des autres. Elle confère sur la personne un droit sans limite, droit de vente, de vie et de mort. L'esclave et l'enfant sont pour le père des instruments d'acquisition ; ils ne peuvent avoir aucun bien personnel. Il n'y a pour la famille qu'un seul patrimoine et ce patrimoine est administré sans contrôle par le *pater*.

En quoi donc consistera le progrès du droit ? à pénétrer dans l'intérieur de la famille, à assurer à chacun de ses membres une protection particulière, à transporter, selon l'expression de M. LABBÉ (1), la capacité juridique du groupe à l'individu. Prenons comme exemple l'enfant. Légalement, sa condition de plus en plus se différencie de celle de l'esclave. Les droits du père sur sa personne sont atténués ;

---

(1) *Loc. cit.*, p. III.

on se borne d'abord à réprimer les abus et les actes de cruauté ; on finit par restreindre, limiter le droit lui-même. L'impossibilité pour le fils de famille d'avoir un patrimoine distinct de celui du père disparaît en très grande partie par suite de l'institution et du développement des pécules. Le père enfin n'a plus le droit de disposer sans contrôle des biens de la famille ; sa liberté testamentaire est limitée par la nécessité de l'exhérédation et par l'institution de la *querela inofficiosi testamenti.*

Il serait facile de retrouver la même tendance, le même mode d'évolution dans une autre matière, celle des obligations. A l'exemple de presque toutes les législations primitives, l'ancien droit romain solidarise les membres du même groupe. Il est très rare que le citoyen intervienne seul lorsqu'il s'oblige. Le plus souvent, tout le groupe auquel il appartient s'oblige avec lui. Pour contracter, pour agir ou pour se défendre en justice, il est presque toujours nécessaire d'amener avec soi des garants. C'est un service que les membres de la même *gens* se demandent à chaque instant et que les mœurs ne permettent guère de refuser. Ainsi s'expliquent la confusion originaire de la solidarité et du cautionnement, — la transmission forcée des successions aux *heredes sui et necessarii*. A mesure que l'individu se dégage de la collectivité, son sort comme obligé pour autrui tend à s'améliorer. On voit successivement accorder à l'héritier, à la caution, toute une série de bénéfices, qu'on peut utilement comparer,

bénéfice d'abstention, droit de renoncer, bénéfice d'inventaire, bénéfice de cession d'actions, de division, de discussion. Dans tous les cas n'a-t-on pas toujours pour but d'affranchir l'individu d'une solidarité forcée ?

Mais n'y a-t-il pas contradiction à voir dans cette libération de l'individu, dans ce développement du droit individuel une forme de la socialisation ? Est-ce que l'opposition ne résulte pas des mots eux-mêmes : individualiser, socialiser ? Nous ne voyons dans cette opposition qu'une dangereuse confusion. Elle nous amène à concevoir l'individu et l'État comme deux forces antagonistes, l'une ne pouvant s'exercer et se développer qu'au détriment de l'autre. Sans doute la socialisation implique une intervention de la société réglementant, humanisant les rapports individuels, s'efforçant de faire reconnaître à chacun sa part de droit. Mais réprimer des abus, rétablir l'égalité, ce n'est pas porter atteinte au droit individuel. Restreindre le droit du mari ou du père, c'est sauvegarder le droit de la femme ou de l'enfant. On a pu soutenir, — et c'est la thèse de M. Jaurès, — que le socialisme, l'organisation sociale du travail n'avait rien d'inconciliable avec la liberté. Seulement, sous le régime du libéralisme économique, la liberté n'existe pleine et entière que pour un petit nombre de privilégiés. La possession du capital peut seule donner le loisir, l'indépendance, la faculté de disposer de sa vie, d'aller et venir à sa guise. Mais cette liberté précisément est refusée au plus grand nom-

bre. Elle n'a pas de place dans la vie du travailleur, de l'ouvrier d'usine, qui ne peut refuser son travail qu'à la condition de supporter la faim. Partant de là, si l'on rend le travail obligatoire, comme l'est aujourd'hui le service militaire, on ne fait qu'une peréquation. Aucune liberté n'est entière, mais la charge, au moins théoriquement, est mieux répartie ; la somme totale des libertés reste la même.

On ne peut cependant refuser de reconnaître que la socialisation ne se borne pas toujours à de simples modifications dans la répartition des droits individuels. Elle crée des monopoles, transforme la propriété individuelle en propriété sociale. Il n'est pas toujours possible de faire, sous une forme privative, la part de chacun. On ne peut pas partager les chemins de fer, les mines, les banques, les forces motrices naturelles. Il faut choisir entre deux modes d'exploitation : laisser ces industries entre les mains d'individus ou de sociétés particulières investies d'un monopole de fait, — ou les monopoliser au profit de tous en substituant à cette aristocratie financière, la collectivité, l'État (1). Mais précisément l'État a besoin, lui aussi, lui surtout, d'être limité, contrôlé. Ce qui rend le socialisme inquiétant, c'est la crainte de se trouver livré à une toute-puissance partiale, avec laquelle il n'y aura pas moyen de discuter et d'obtenir justice. C'est là, dit M. Gide, le pas décisif, le *saltus* qui fait hésiter bien des gens.

---

(1) V. Ch. Gide, *Précis d'Économie politique*, 8e éd., p. 157.

I

Nous avons cherché à donner tout d'abord une idée de ce qu'a été la socialisation dans le passé: dans l'avenir, nous avons dit qu'elle apparaissait comme indéfinie ; elle tend à se réaliser, sans être jamais définitive. Mais, c'est dans le présent, à l'époque où nous sommes, que nous nous proposons surtout de l'étudier. Nous voudrions la voir agir, la surprendre au milieu de sa tâche, nous rendre compte des procédés, des moyens qu'elle emploie. Au reste, on pourrait difficilement trouver une période plus émouvante que celle que nous traversons: tout le monde a, plus ou moins, conscience qu'une grande transformation sociale est déjà commencée. L'émancipation intellectuelle, économique de la classe ouvrière est peut-être une révolution plus considérable que celle qui a renversé l'ancien régime. Elle aura, elle a déjà, avant d'être accomplie, son contre-coup, son retentissement dans le domaine du droit. Quels changements se sont déjà produits ? Quels sont ceux plus importants qui se préparent?

On se pose anxieusement ces questions. Il n'y a pas encore longtemps, elles auraient paru singulières. Sans prendre à la lettre le mot de Napoléon à Sainte-Hélène, « ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil », — on croyait

volontiers que notre législation civile était consolidée, solidement assise. En politique, nous avons en vain essayé de concilier l'ordre, la liberté, la justice: le gouvernement des partis nous a menés à la dictature, la dictature à l'invasion, sans que nous ayons jamais épuisé la série de nos échecs. Et PRÉVOST-PARADOL, qui dressait si tristement le bilan de ces échecs, se faisait, du moins, l'illusion de croire qu'il y avait dans notre organisation quelque chose de stable. «La Révolution française, écrivait-il (1), est encore inachevée dans l'ordre politique, tandis qu'elle a enfanté un ordre social, dont la tempête n'a fait jusqu'ici qu'éprouver la solidité et qui semble inébranlable.»

On supposait que la paix, dans notre droit privé, était faite pour toujours, que le Code civil était comme une transaction définitive entre l'Ancien régime et la Révolution. On pouvait bien compléter, modifier sur certains points cette transaction, mais les principes essentiels restaient acquis. C'était une opinion courante, admise par tout le monde, que notre Code s'inspirait avant tout d'un principe d'égalité. L'égalité devant la loi, c'était comme le fondement du droit nouveau. N'était-elle pas partout, n'avait-elle pas imprégné, pénétré toutes les parties du droit ? Appliqué à la famille, le principe d'égalité avait fait maintenir la suppression, édictée par la Révolution, des droits d'aînesse, de masculinité, et

---

(1) PRÉVOST-PARADOL, *La France Nouvelle,* t. III, ch. I, p. 296.

des substitutions ; appliqué à la propriété, il avait fait disparaître les derniers vestiges du régime féodal.

Beaucoup d'entre nous ont cru à cet accord, à cet esprit de justice et d'égalité dans la loi, ont vécu longtemps dans cet optimisme confiant. Mais quel dur et brusque réveil. Il semble que l'illusion se soit tout à coup dissipée, que le spectacle du monde réel ait été comme une affligeante et surprenante révélation.

Deux causes ont provoqué cette réaction : l'apparition du socialisme scientifique, l'évolution du droit vers l'observation sociale.

« On n'avait connu jusqu'à ce jour, dit M. GIDE (1), que deux catégories de socialistes : les socialistes dits utopistes, qui ne voulaient recourir qu'à la persuasion et déroulaient sous nos yeux les tableaux plus ou moins captivants d'un monde où ils voulaient nous conduire la main dans la main ; les socialistes révolutionnaires, qui ne comptaient que sur la force pour briser les résistances de l'ordre social actuel et voulaient nous pousser à coups de crosses de fusil vers la terre promise. » En 1847, avec le manifeste communiste de K. MARX et F. ENGELS, apparaît un socialisme qui prétend donner une base scientifique à sa doctrine. Dans cette doctrine on tient pour une loi de l'histoire ce principe que l'organisation sociale est déterminée par le mode de production économique et la lutte des classes. Depuis que l'ouvrier est

---

(1) *Revue d'Économie politique,* 1re année, p. 82.

en état de produire plus qu'il ne consomme, ce surcroît de valeur, cette plus-value du travail a été ardemment convoitée. Partout se sont constituées deux catégories d'hommes, celle qui procure la plus-value et celle qui en profite, la classe exploitée et la classe dirigeante. La classe dirigeante est celle qui possède les moyens d'imposer sa suprématie, moyens qui ont varié suivant les temps et les pays. Pour beaucoup d'aristocraties, c'est le commandement militaire: une minorité mieux armée, plus robuste, plus courageuse asservit la majorité et l'oblige à travailler pour elle. Parfois, la puissance d'une classe n'est faite que de l'ignorance dans laquelle elle tient la classe inférieure, et de la peur qu'elle parvient à lui inspirer. Les prêtres dans l'Inde, en Égypte, par la connaissances des rites, des mystères, s'imposent au respect de la foule. Dans l'ancien régime, la noblesse, le clergé, par l'impôt, les rentes, les pensions, extraient leur richesse de la misère du peuple. Aujourd'hui, les antagonismes de classes n'ont fait que prendre une autre forme. La bourgeoisie possède l'instruction et les capitaux, qui lui assurent la direction et le profit des entreprises. Les prolétaires travaillent pour elle.

Et ce qui est caractéristique, c'est que toutes les classes qui se sont emparées du pouvoir se sont efforcées d'imposer à la société toutes les conditions favorables à leur prépondérance, tout ce qui pouvait la consolider, la perpétuer, la justifier. La loi, la morale, la religion n'ont été que des stratagèmes

employés dans la lutte, des « conceptions stratégiques » destinées à rendre plus durable le succès du vainqueur, en lui permettant d'obtenir la résignation du vaincu. Une classe ne se contente pas d'en exploiter une autre : elle entend que son exploitation soit respectée, qu'elle paraisse, même à sa victime, une chose désirable et bonne en soi. Si elle exerce le commandement militaire, elle apprend à ceux qu'elle dirige que l'obéissance passive, l'attachement à ses chefs, l'admiration de leur supériorité, sont les vertus qui lui conviennent. Si elle possède la propriété, elle ne se contente pas de la défendre, de l'entourer de clôtures et de palissades : elle fait élever le prolétaire dans un respect superstitieux pour elle. La moindre atteinte à cette propriété est représentée comme une faute déshonorante : l'homme d'honneur est celui qui laissera mourir de faim sa femme et ses enfants, plutôt que de toucher au bien d'autrui La vertu que cette société prend soin de récompenser, c'est celle du bon domestique qui sert son maître pour rien (1). « C'est la propriété qui a créé Dieu, dit LORIA (2) : elle l'a fait à son image, un Dieu capitaliste encaissant les bonnes et les mauvaises actions des hommes, et les inscrivant sur son grand livre à leur crédit ou à leur débit. » Ce qui fait la valeur du christianisme « en

---

(1) JULES GUESDE, *État politique et morale de classe. La vertu au XIX[e] siècle*, p. 287.

(2) LORIA, *Bases économiques de la constitution sociale.*

tant que fonction capitaliste (1) », ce qui lui donne une supériorité sur les religions anciennes, c'est qu'il apprend aux pauvres à supporter leur condition, leur promettant un autre monde en compensation des misères de celui-ci.

On s'attend, étant donné cette conception, au jugement qu'une pareille doctrine peut porter sur nos codes. « Le code Napoléon, dit KARL MARX (2), n'est que le code de la saisie, de la subhastation, de la licitation forcée. » « Ce qu'expriment nos codes actuels, sous le nom de justice, dit ANDLER (3), n'est pour une grande part que la formule savante de la primitive oppression des faibles par leurs conquérants. Il suffit d'analyser la forme de nos contrats et d'énumérer les droits que la loi protège, à côté de ceux qu'elle laisse sans garantie, pour s'apercevoir qu'il y a des classes qui oppriment et des classes opprimées. On oublie cela dans le calme apparent des relations juridiques d'aujourd'hui. L'habitude fait que les vaincus ne sentent plus la meurtrissure du lien qui les garrotte. Mais c'est un cliquetis de chaînes, qui sort de tout cet appareil de notre justice. »

Pour faire la preuve de ces accusations, il faudrait passer en revue toutes les matières du droit: sans

---

(1) CH. GIDE, Du rôle des classes dirigeantes, *Revue du christianisme social*, 1896, p. 7.

(2) KARL MARX, *Lutte des classes en France*, trad. REMY, p. 352.

(3) Préface du *Droit au produit intégral du travail*, d'ANTON MENGER, page v.

nous engager dans ces critiques de détail, essayons de les grouper, d'en donner une idée d'ensemble.

Quel est le reproche principal ? C'est que notre code n'est préoccupé que de protéger la richesse : c'est le code du patron, du créancier et du propriétaire. « Les biens personnels, l'honneur des femmes, l'intégrité du caractère, le loisir intellectuel, la santé, on peut impunément les léser (1). »

La recherche de la paternité est interdite : « Le riche, à qui un raffinement mauvais et la prudence du mariage tardif et lucratif conseillent l'entretien de concubines provisoires, choisit tout naturellement des femmes illégitimes dans le prolétariat. Nulle loi contemporaine ne l'oblige à supporter les conséquences de son inconduite, s'il rend mère, après l'avoir séduite, une fille de plus de seize ou de dix-huit ans.... Les dispositions sur la tutelle sont d'esprit pareil. Il faut voir de quelles précautions ces lois entourent les biens des enfants riches. L'enfant prolétaire ne dispose que d'un bien, qui est sa force de travail. On peut la ruiner à jamais par un emploi peu judicieux et prématuré... Voilà comment s'est produite, au commencement du siècle, cette exploitation d'enfants mineurs, qui marquera d'une honte indélébile l'histoire de la grande industrie naissante (2). »

Dans les règles sur le mariage, on retrouve la même

(1) ANDLER, *loc. cit.*, p. XV.

(2) ANDLER, *loc. cit.*, p. IX et X.

absence de préoccupation des besoins, des conditions de vie de la classe ouvrière, le même esprit de classe. Un formalisme compliqué, qu'on a heureusement atténué (1), impose à de pauvres gens des dérangements, des démarches, des frais, d'innombrables pertes de temps. Et ce formalisme, cette réglementation sont en grande partie destinés à constater l'existence de conditions édictées surtout dans l'intérêt de la bourgeoisie, pour éviter les mésalliances, maintenir l'influence de famille. Quelle protection le mariage procure-t-il à la femme ouvrière ? Pour être utilement protégé, il faut faire les frais d'un contrat. La conservation de la fortune est assurée par les plus savantes précautions : administration séparée, dotalité, inaliénabilité. Mais jusqu'à la loi du 13 juillet 1907 l'ouvrière mariée sans contrat n'avait pas droit à son propre salaire : elle était à la merci de son mari. Aucune mesure n'était prise pour empêcher que les ressources de la famille ne fussent détournées de leur but. La séparation de biens n'était et n'est encore une sauvegarde efficace que pour les riches : pour les autres, elle est impossible ou illusoire.

Ce caractère d'inégalité, d'injustice, est encore plus marqué en matières d'obligations. Laissons de côté les dispositions qui trahissent une évidente partialité. En cas de contestation sur le prix d'un bail verbal

---

(1) Loi du 21 juin 1907 modifiant plusieurs dispositions relatives à la célébration du mariage.

dont l'exécution est commencée, l'art. 1716 décide que s'il n'existe point de quittance le propriétaire sera cru sur son serment. L'art. 1781, qui n'a été abrogé qu'en 1868, admettait qu'en cas de contestation avec son ouvrier le maître serait cru sur son affirmation pour la quotité des gages, le paiement du salaire de l'année échue et les acomptes donnés pour l'année courante. Le reproche qu'encourt le législateur est en réalité beaucoup plus général. L'injustice dans son œuvre se dissimule sous l'apparence du principe hypocrite de la liberté des contrats. Il n'y a pas, il ne peut y avoir de liberté sans une certaine égalité. Si l'une des parties est sans abri, sans épargne, n'est-elle pas évidemment condamnée à subir les conditions de l'autre ? La location d'habitations malsaines, le prix abusif du loyer, le paiement par avance, la sujétion à un règlement d'atelier, la fixation du régime et de la durée de travail, les amendes, les retenues, les *truck and sweating system*, tout est couvert par la fiction de la liberté des conventions. Cependant la liberté de fait est supprimée.

Observez, d'ailleurs, que l'État ne garde pas toujours cette impassible indifférence. Il a souci des intérêts qui lui sont chers. Il donne un conseil judiciaire au prodigue pour l'empêcher de dissiper son patrimoine. Il protège, par la rescision de la vente d'immeuble pour cause de lésion, le propriétaire contraint de vendre à vil prix. En réprimant l'usure, il vise avant tout à empêcher les prêts d'argent trop onéreux — utile protection pour les fils de famille.

Mais, le plus souvent, rien ne gêne la liberté de ceux qui abusent de l'inexpérience, des embarras, de la pauvreté de leur cocontractant. « L'État est resté indifférent aux fermages exorbitants par lesquels les grands propriétaires ont ruiné des millions d'hommes, aux profits excessifs par lesquels le petit commerce pressure les acheteurs en détail. On ne s'étonne pas qu'il reste indifférent aux contrats de salaires léonins qui exploitent la classe laborieuse (1). »

Ces attaques si rudes, si violentes ont-elles ébranlé l'opinion ? Il semble que par leur âpreté, leur exagération elles aient excité d'abord une certaine défiance. Elles étaient sans doute de nature à troubler les esprits sincères capables d'une brusque évolution; — mais le plus grand nombre opposait ses habitudes acquises, son dogmatisme et peut-être aussi inconsciemment son esprit de classe. Les juristes, presque en tous pays, appartiennent à la classe moyenne, sont attachés aux traditions, respectent et défendent les droits acquits. La critique de la loi risquait de provoquer la concentration et le parti pris des résistances (2).

Cependant, une autre cause est venue déterminer

---

(1) ANDLER, *loc. cit.*, p. XIV.

(2) Les idées nouvelles ont eu beaucoup plus de retentissement en Allemagne, en Autriche, en Italie. Adoptées par des hommes comme ANTON MENGER par exemple, dont la valeur et l'autorité étaient considérables, elles ont trouvé meilleur accueil dans le monde des Universités.

une action différente et tendant presque au même but. Cette autre cause, c'est l'évolution du droit et de l'économie politique vers l'observation sociale (1). C'est au milieu du XIXe siècle que LE PLAY inaugure en France dans les sciences sociales la méthode d'observation. La publication, en 1855, des *Ouvriers Européens* « études sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières de l'Europe », — marque une date importante. Tous ses travaux, tous ceux qu'il a suscités, monographies, enquêtes sur la condition des familles rurales, *Histoire de la famille souche* de LAVEDAN, *Ouvriers des Deux Mondes* révèlent à l'opinion une masse énorme de faits affligeants, de misères cachées qu'elle ne soupçonnait pas, — conséquences économiques du régime des successions, mauvaise organisation du partage d'ascendant, ruines de la petite propriété par les procès et les vices de la procédure, histoire d'une petite succession dévorée par les frais d'un partage judiciaire, qui fit sur Napoléon III une profonde et vive impression. Les juristes, en même temps, s'aperçoivent que le droit n'est pas seulement une œuvre d'abstraction et de raisonnement, qu'il est mêlé à la vie, l'influençant, influencé par elle. Ils s'intéressent de plus en plus à la jurisprudence (2), essaient de la

(1) Conf. SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du Droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, p. 1.

(2) V. l'article de M. ESMEIN, La Jurisprudence et la doctrine, *Revue de Droit civil*, 1902, p. 5.

raisonner, de se rendre compte des influences qu'elle subit. Ils comprennent la nécessité de se renseigner sur la réalité, de s'instruire par les enquêtes, les consultations d'intéressés, les statistiques. Des sociétés se constituent pour étudier les réformes, aider à l'application des lois, diminuer dans cette application la part de l'injustice ou de l'erreur, comités de défense des enfants traduits en justice, protection des moralement abandonnés, patronage des libérés, ligue des droits de l'homme, sociétés des prisons, d'études législatives. Or, il est impossible de prendre contact avec la réalité, de voir de près toutes ces misères sans être frappé des lacunes et des injustices de la loi, sans être obligé de reconnaître que le droit n'existe pleinement que pour une minorité, que de grosses réformes s'imposent. Ainsi, peu à peu, cette opinion a pénétré et fini par s'imposer dans le monde des juristes. Beaucoup d'entre eux, sans aucune affinité avec les socialistes, plutôt disposés à les combattre, portent sur les codes des jugements qui ne diffèrent pas sensiblement des leurs. Le ton sans doute n'est plus le même ; il n'y a plus ni haine ni colère ; c'est une simple constatation, qui n'est pas sans quelque tristesse. « A vrai dire, écrit M. GLASSON en 1886 (1), l'ouvrier a été presque entièrement oublié dans notre Code civil. » A plusieurs reprises il exprime, en l'accentuant, la même idée : « Notre Code est la loi d'une société bourgeoise et de familles qui possèdent un

(1) GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 6.

patrimoine plus ou moins considérable, mais ce n'est pas le code du travail, ni du travailleur (1). »

Dans une communication faite au Congrès international de droit comparé de 1900, M. R. Sohm caractérise les deux grands Codes qui marquent le commencement et la fin du XIX[e] siècle, le Code civil français et le Code civil allemand, en disant également que tous deux sont des *Codes bourgeois*. « Le Tiers État a fait le droit unitaire français. Napoléon, en même temps que le puissant maître, fut le serviteur du Tiers État. Le Code civil français, lui aussi, est l'œuvre du Tiers État, de la bourgeoisie (2). »

II

Si tel est le caractère du Code, son sort ne sera-t-il pas celui de la bourgeoisie ? C'est elle qui l'a créé ; il a été l'expression de ses sentiments, de ses intérêts, de son influence : mais cette influence est aujourd'hui singulièrement atteinte La prépondérance de la bourgeoisie, complète sous le gouvernement de Juillet, ébranlée par la Révolution de 1848, restaurée par le second Empire, ne se maintient plus depuis 1870 qu'à l'aide de concessions, de compromissions et d'expédients. Ce qui a fait de la classe moyenne une classe

---

(1) Rapport sur le concours pour le prix du budget, *Compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1898, t. II, p. 875.

(2) Sohm, *loc. cit.*, tirage à part, p. 5.

dirigeante, c'est qu'elle a été seule à posséder pendant longtemps l'instruction, les capitaux, le pouvoir politique.

L'instruction a cessé d'être un privilège, non seulement parce que la loi assure à tous un *minimum*, qui est encore bien insuffisant et n'est que nominalement obligatoire, — mais aussi parce que l'esprit des programmes et de l'enseignement s'est modifié. C'est une grossière erreur de croire que les questions de méthodes et de programmes ne sont que des questions pédagogiques : beaucoup plus souvent qu'on ne le croit,ce sont de vraies questions sociales.Quelle n'est pas l'importance sociale de l'orthographe, de l'enseignement classique, du baccalauréat, condition d'accès de presque toutes les fonctions et carrières libérales : c'est autant de barrières qui obstruent la route, arrêtent ceux qui sont pressés de gagner leur vie, qui n'ont ni le temps ni les moyens d'attendre. Il n'y a parfois aucune relation entre le programme du concours et les obligations de la fonction : en Angleterre, pour l'entrée dans le service civil de l'Inde, on exige presque exclusivement du grec et du latin. L'institution du concours pour l'admission dans ce service n'est qu'une phase, un incident de la lutte entre deux catégories de fils cadets, ceux des familles titrées et des grands propriétaires fonciers, et ceux des nouveaux riches sortis des classes moyennes. « C'est ainsi, dit MONTALEMBERT, que j'ai entendu poser la question par l'organe d'un riche négociant de la cité, qui présidait le meeting le plus bruyant et le plus nombreux

qui se soit tenu sur cette question. Il s'exprimait ainsi devant 4,000 personnes entassées dans le théâtre de Drury-Lane ». « Un Lord me disait, ces jours-ci : Mon-
» sieur, si votre réforme s'accomplit, que deviendrons
» nos fils cadets? » Et je lui ai répondu : « Mylord,
» si elle ne s'accomplit pas, que deviendront les nôtres (1). »

Les capitaux, comme l'instruction, se disséminent : insensiblement, il se constitue une classe intermédiaire de gens qui vivent à la fois de leurs capitaux et de leur travail. Au cours du XIXe siècle, le rôle du capital s'est modifié ; il a cessé d'être l'auxiliaire du travail, s'est séparé de lui pour le subordonner et le diriger. Ce que les socialistes appellent capitalisme, c'est le placement du capital dans la production d'autrui, et en même temps l'asservissement du producteur. Le détenteur du capital est le maître de l'entreprise ; c'est lui qui la crée, c'est à lui qu'elle profite ; le travail est une marchandise qu'il achète ; il est quitte envers l'ouvrier lorsqu'il lui a payé son salaire. Mais son règne est près de finir ; ou tout au moins sa souveraineté cessera d'être absolue. La valeur de l'argent décroît et ses revenus sont réduits. Mais surtout le capital voit sa puissance amoindrie et ses charges aggravées : il est obligé de supporter une part des risques qui incombaient tous à l'ouvrier. Déjà le risque d'accidents fait partie des frais généraux

---

(1) Cité par MAX LECLERC, *Les Professions et la Société en Angleterre*, p. 134.

de l'entreprise ; dans un temps prochain le patron contribuera aux rentes de vieillesse et d'invalidité. Au lieu de traiter avec des travailleurs isolés, le voilà forcé de compter avec la force des syndicats : le contrat de travail tend à devenir collectif ; c'est un concordat entre des pouvoirs égaux.

On peut se demander si ces syndicats ne finiront pas par obtenir une participation à la direction des affaires industrielles, une représentation dans les Conseils d'administration. Dans certaines entreprises, le capital a déjà perdu son action directrice : dans les sociétés coopératives, il ne joue qu'un rôle subordonné. Simple auxiliaire, il n'a droit qu'à un intérêt fixe; les bénéfices et la direction sont réservés aux associés.

Si la primauté économique de la bourgeoisie n'est encore que compromise, on ne peut guère refuser de reconnaître que sa prépondérance politique est à peu près perdue. Quelle puissance n'a-t-elle pas eue pendant la première moitié du dernier siècle : elle participe seule à la confection et à l'application de la loi, constitue le pays légal, dispose à la fois des élections et des fonctions publiques. Un article curieux nous donne le récit d'une élection en 1818 (1). Il fallait à cette époque pour être électeur avoir trente ans et payer 300 francs de contributions directes, et pour être éligible, être âgé de 40 ans et payer 1000 francs d'impôts : Dans la plupart des départements le chiffre

(1) PAUL FAUCHILLE, *Revue de Paris*, 1er juillet 1902.

des électeurs ne dépassait pas mille. Dans le département de la Seine, on en comptait dix mille. Ce corps électoral se compose en grande partie de gros propriétaires, riches négociants, fonctionnaires d'un certain rang. GUIZOT estimait qu'il n'y avait pas en France plus de 80,000 personnes en état d'exercer le pouvoir politique : il refusait obstinément l'adjonction des capacités, gradués des Facultés, notaires, officiers de la garde nationale, conseillers municipaux des villes, qui n'eût pas augmenté de 15,000 le nombre total des électeurs. Le cens n'était pas le seul privilège de la fortune : il ne faut pas négliger d'ajouter la possession presque exclusive des hautes fonctions publiques, magistrature, administration, affaires extérieures, commandement militaire. Dans les Chambres, les fonctionnaires sont très nombreux : ils représentent en 1837 plus du tiers de la Chambre des députés. L'accès de ces fonctions est presque impossible sans fortune et sans influences de famille. Pour entrer dans la magistrature, il faut appartenir à une famille de magistrats. Certaines fonctions ont acquis légalement un caractère patrimonial : les offices ministériels, depuis 1816, se vendent et s'achètent à prix d'argent. Au cours du siècle, ils ont bénéficié d'une plus-value énorme : leur valeur n'a cessé de s'accroître avec la fortune du pays. C'est pour la bourgeoisie un appui solide, une source de profits, d'influence, un moyen pour beaucoup de familles de se constituer, se maintenir et s'élever graduellement.

L'avènement du suffrage universel, en 1848, sem-

blait devoir amener brusquement la fin de cette hégémonie. La majorité était acquise au prolétariat des campagnes et des villes : pourquoi n'en a-t-il pas profité pour écarter la bourgeoisie. On s'en est souvent étonné. Ce qui a manqué au suffrage populaire, dit M. GIDE (1), « c'èst la conscience de sa puissance et l'organisation nécessaire pour la réaliser ». On peut ajouter que les hommes sortant du peuple et capables de le représenter changent de classe. La bourgeoisie, incessamment ouverte, aspire à elle tout ce qui, dansles rangs ouvriers, a l'ambition, l'esprit de travail et d'épargne. C'est ce qui lui a permis de conserver le pouvoir, mais elle ne l'exerce plus que par délégation. C'est un propriétaire exproprié que l'acquéreur a conservé comme intendant. Elle n'a plus qu'une possession précaire, maintenue péniblement ; pour conserver une parcelle de pouvoir, il faut qu'elle promette d'en user contre elle-même. Le succès n'est dû qu'à des divisions, des surenchères électorales, le sacrifice croissant des intérêts de classe. Dansles syndicats, les coopératives ouvrières, se forme le personnel nouveau bientôt prêt à la remplacer. La légalité est une force dont le prolétariat finira par savoir se servir. « Les gens paisibles qui ont si grand'peur d'une révolution sociale et qui se reposent sur l'armée du soin de les garder eux, leurs terres, leurs maisons et leurs rentes, nous font rire : ils verront, s'ils ne sont pas trop vieux, des Parlements

(1) *Revue d'Economie politique*, Chronique, 1891, p. 520.

composés d'ouvriers en blouse, comme le légendaire Thivrier, ou sans blouse, voter la nationalisation et l'expropriation des grandes compagnies, le tout le plus tranquillement et le plus légalement du monde, après trois lectures ou même après renvoi à la commission, et les mêmes soldats qui les fusillent aujourd'hui, conformément à la loi, auront alors pour rôle d'assurer main-forte à l'exécution de leurs décisions (1)».

Ainsi, logiquement, presque fatalement, la diminution du pouvoir politique et de la puissance économique de la bourgeoisie aura son contre-coup dans le domaine du droit. Un ordre social nouveau tend à se constituer. En même temps correspond à l'évolution des faits une évolution des idées. C'est une loi sociologique que tout (2) « système économique s'organise socialement parlant autour d'une idée de justice ». Les intérêts mènent le monde, mais les hommes ont besoin de mettre d'accord leur raison et leur intérêt, de légitimer leurs prétentions en les adaptant à un idéal. Tout changement dans l'organisation sociale détermine de nouvelles conceptions, est également déterminé par elles. Il y a comme un échange, une réciprocité d'influences. On s'explique ainsi que chaque peuple, chaque époque se fassent du droit une idée qui leur est propre. En France, il y a cent ans, sous l'influence de la philosophie du XVIIIe

---

(1) Gide, *loc. cit.*, p. 520.

(2) Saleilles, Ecole historique et droit naturel, *Revue de Droit civil*, 1902, p. 96.

siècle, pour échapper à l'arbitraire dans l'administration et dans la justice, on a cherché le fondement du droit dans l'idée de liberté. Le droit n'est qu'une faculté d'agir, une garantie donnée à l'individu contre l'État. Et de ce principe on est amené à conclure que le rôle du législateur est avant tout de sauvegarder l'autonomie de la volonté, la liberté des conventions, en s'abstenant d'intervenir dans les rapports des contractants. On n'entend demander aucun compte à celui qui use de son droit. Mais contre cette idée s'est opérée une lente et profonde réaction. En politique, en économie politique, en morale, le libéralisme a subi une sorte de crise (1). On s'est aperçu que la liberté ne faisait souvent que marquer l'oppression du plus faible. « Si l'on n'accepte pas que les uns soient directement ou indirectement exploités par les autres, si l'on souhaite qu'un peu d'équité s'introduise jusque dans les relations économiques, il faut bien admettre aussi que la collectivité organisée doit, d'une façon ou d'une autre, intervenir dans ces relations pour les surveiller, réglementer et humaniser. Sur la mesure et sur les meilleurs points d'application de cette pesée, les opinions aujourd'hui vivantes diffèrent grandement sans doute ; mais, sur le principe, on peut dire que l'accord est fait et la cause enten-

---

(1) V. dans la *Revue de métaphysique et de morale*, sous ce titre : « la Crise du libéralisme », la série d'études inaugurée et suscitée par le bel article de BOUGLÉ, septembre et novembre 1902, janvier, 1903.

due. Dans l'ordre économique le libéralisme absolu a vécu (1)». En même temps l'idée de justice s'est élargie; des actes qui n'avaient paru choquants qu'à quelques consciences délicates ont été jugés sévèrement et réprouvés par la conscience publique. La solidarité, simple fait biologique, a pris une signification morale. Sans doute la tentative faite pour fonder toute la morale sur cette idée de solidarité n'a pas entièrement abouti (2). On a dû reconnaître que la solidarité n'est pas une chose bonne en elle-même, puisqu'il y a solidarité dans le mal comme dans le bien (3). Mais cette même notion fournit à la morale sinon son principe, tout au moins un élément complémentaire très important. Elle renouvelle notre sentiment du devoir, nous montre mieux ce que nous devons aux autres, prend la forme « d'un contrat mutuel par lequel les individus s'engagent à répartir entre eux, selon la justice, les risques et les avantages sociaux » (4). Ainsi s'élabore une nouvelle conception

---

(1) BOUGLÉ, *loco citato*, septembre 1902, p. 636.

(2) V. dans la *Revue politique et parlementaire*, mars 1903 : BOUGLÉ, l'Evolution du solidarisme, et son livre sur *Le solidarisme*, 1907.

(3) V. notamment la conférence de M. DARLU : Solidarité et morale personnelle, p. 125, dans le volume intitulé : *Essais d'une philosophie de la solidarité*, Paris, 1902. Conf. Paul BUREAU, *La Crise morale des temps nouveaux*, p. 324 et sq.

(4) BOUTROUX, Rôle de l'idée de solidarité, *vol. précité*, p. 280.

(5) Fondement rationnel de la solidarité, *loc. cit.*, p. 251.

du droit, qui se définit, dit M. X. Léon (5), par une égalité : « la faculté égale pour tous les individus de la société de vivre et d'agir », et cette idée contient en substance tout un programme d'action pratique.

Le temps sans doute est nécessaire pour que ces conséquences apparaissent, puissent se dégager et se réaliser. Mais, dès maintenant, on peut apercevoir les modifications insensibles et profondes de nos institutions.

Avant tout, on veut protéger la famille, spécialement la famille ouvrière, contre les misères et les injustices dont elle souffre, — rendre sa constitution plus facile en l'affranchissant d'une réglementation excessive, qui a fait du mariage un luxe de temps et d'argent, — empêcher qu'elle ne soit détruite ou dispersée par l'usine, par le travail prématuré ou prolongé, — assurer à ses membres occupés au dehors un maximum de loisirs et de repos, leur permettre de se retrouver, d'avoir une communauté de vie, — les défendre contre la maladie en diminuant ses causes : la misère, l'alcoolisme, l'insalubrité des logements et des ateliers, l'encombrement, le manque d'air, l'humidité des quartiers ouvriers. Ce qu'on a fait n'est presque rien auprès de ce qui reste à faire. On sent aussi que la loi doit procurer le juste et loyal paiement du salaire, peut-être même un salaire minimum correspondant aux conditions de vie au-dessous desquelles un être humain ne doit pas tomber. Il importe que ce salaire, seule ressource de la famille, ne soit pas détourné de son but, de sa

destination normale. La femme doit pouvoir disposer du produit de son travail, et saisir au moins en partie le salaire du mari lorsque ce dernier l'abandonne ou ne pourvoit pas, comme il le devrait, à ses besoins et à ceux des enfants. Le mariage perd toute valeur sociale, s'il ne sauvegarde pas les droits de la femme et de l'enfant.

En dehors de la famille légitime, on ne peut affecter d'ignorer l'union libre. Il ne suffit pas d'améliorer la condition d'une minorité d'enfants naturels, ceux qui sont reconnus et peuvent avoir des droits de succession à exercer : il faudra s'occuper des autres, autoriser à certaines conditions la recherche de la paternité, protéger l'enfant naturel, veiller à ce que sa santé, son éducation, son avenir ne soient pas compromis.

En matière de propriété se poursuit une évolution singulièrement intéressante. La principale préoccupation de la bourgeoisie paraît bien avoir été de fortifier la propriété, de la débarrasser de toute entrave, d'en faire à tous égards une propriété individuelle et libre (1). Mais le but a été dépassé : en

(1) La propriété individuelle à notre époque s'est à la fois exagérée et affaiblie. Le Code civil et les lois postérieures complétant l'œuvre de la Révolution l'ont rendue plus rigoureuse, plus exclusive, en supprimant les derniers débris de l'ancienne propriété communautaire. Mais presque en même temps les restrictions légales, administratives, judiciaires se sont multipliées ; elle ont enserré la propriété privée dans un réseau de plus en plus étroit.

s'allégeant de toute obligation, en devenant impersonnelle, plus mobilisable, la propriété s'est affaiblie. En même temps elle a dû subir dans un intérêt de classe des restrictions dont on n'a pas prévu les conséquences, des impôts toujours croissants qui tendent à constituer une propriété d'État collective, des mesures d'expropriation qui n'auront pas toujours pour but de faciliter de grands travaux publics. De tels changements permettent aux socialistes (1) d'annoncer que «pour diriger dans le sens de la pro-

(1) JAURÈS, *Études socialistes*, p. 162. Ces études montrent d'une façon saisissante l'imprévoyance de la bourgeoisie qui, sans s'en douter, fournit des armes contre elle-même. Ainsi l'impôt lui a paru longtemps la sauvegarde de ses intérêts. Par l'armée, la justice, il assure le maintien du droit, le respect de la propriété, le service de la dette publique, le traitement des fonctionnaires, la protection douanière, les primes et subventions accordées à certaines industries. L'accroissement des charges et surtout l'orientation nouvelle des dépenses, les réformes fiscales deviennent pour la bourgeoisie une cause de grande inquiétude. — On peut faire à propos de l'expropriation les mêmes observations. Elle a permis les grands travaux publics qui ont enrichi la haute bourgeoisie sous le gouvernement de Juillet. Elle peut permettre aujourd'hui de *monopoliser* les grandes industries au profit de l'État : banques, distilleries, raffinerie, sucreries, etc. « C'est en invoquant l'article du Code bourgeois que les juristes de la révolution sociale pourront ménager le passage de la légalité bourgoise à la légalité communiste » (p. 237). C'est ainsi que sous la Révolution, MERLIN appliquait aux émigrés les édits de l'Ancien régime portés contre les protestants réfugiés.

priété collective le mouvement social, il suffira souvent d'élargir certaines pratiques de la société bourgeoise, d'appliquer grandement quelques articles de son Code et d'accélérer, dans les voies où elle s'est engagée déjà, la marche de notre législation ».

La théorie des obligations, qui semblait, il n'y a pas longtemps, définitivement fixée, se renouvelle. L'analyse et la conception doctrinale des rapports de droit se modifient; en même temps se développent une série d'institutions, toute une législation dont le Code civil ne s'était pas préoccupé. Si l'on cherche à caractériser tous les changements accomplis ou préparés, on s'aperçoit qu'ils procèdent tous d'une même idée : s'efforcer de réprimer ou tout au moins d'atténuer les effets de ce que SCHMOLLER appelle l'*injustice économique*. Toute organisation économique fait un certain nombre de victimes : chaque époque a les siennes; l'injustice économique n'est pas toujours la même. On peut dire tout au moins « qu'il y a injustice (1), chaque fois que, dans les relations économiques, les uns s'appliquent à mettre les autres dans une dépendance durable, à les exploiter par tous les moyens légaux et illégaux, chaque fois que la plupart des membres d'une classe, en dépit de tout sentiment du devoir, usent si bien de leur supériorité dans les luttes de la concurrence, que l'organisation de la propriété qui en résulte est en contradiction avec les principes de la justice distributive ».

---

(1) SCHMOLLER, *Politique sociale*, trad., p. 115.

Les progrès politiques de la classe qui a le plus à souffrir de ces injustices, le développement de la conscience collective concourent à susciter des réformes. En quoi consistent-elles ?

Elles ont pour premier et pour principal résultat d'élargir le domaine du droit, de transformer en obligations positives de simples obligations morales, de multiplier les cas de responsabilité et de rendre cette responsabilité plus efficace. Tandis que le droit pénal s'humanise, par une sorte de contradiction plus apparente que réelle, les délits deviennent plus nombreux : les lois votées au cours de ces dernières années ont eu souvent pour effet de créer de nouveaux délits (1), d'assurer plus énergiquement la répression des fraudes, abus de concurrence ou de spéculation jusqu'alors tolérés : SCHMOLLER entrevoit dans un avenir prochain toute une législation nouvelle édictée contre les lanceurs d'affaires, gens de bourse, émetteurs de titres, qui exploitent la petite épargne (2).

On peut faire la même observation à propos du délit civil : ses caractères constitutifs se modifient. On ne reconnaissait autrefois le droit à une réparation que si l'acte préjudiciable était en même temps illicite et imputable à son auteur. On sait qu'aujour-

(1) Nous avons déjà signalé ces tendances et cité des exemples dans une communication faite à la Société d'Études législatives « Sur la nécessité d'ériger l'abandon de famille en délit.» (*Bull. de la Soc.*, p. 76 et 80. 1902.)

(2) SCHMOLLER, *Politique sociale*, p. 112.

d'hui on est de plus en plus porté à admettre la responsabilité de l'auteur du dommage dans les cas où l'on ne peut pas dire que l'acte commis est illicite. On est aussi disposé à tenir compte d'un intérêt supérieur d'équité en accordant une indemnité à raison du préjudice causé par des personnes irresponsables.

On peut enfin considérer comme une nouvelle cause de responsabilité la notion du *risque professionnel*. Elle dérive de cette idée que, toute entreprise impliquant un certain nombre de risques, il est juste que ces risques fassent partie des frais généraux et n'incombent pas exclusivement à ceux qui en sont victimes (1). Insensiblement dégagée par la jurisprudence, cette théorie du risque professionnel est maintenant consacrée par la loi. Elle ne s'applique encore qu'aux accidents industriels : elle s'étendra bientôt à la vieillesse et l'invalidité.

A ce développement de la responsabilité correspond une conception nouvelle du contrat, de ses effets et de sa force obligatoire. Dans la doctrine traditionnelle, le contrat n'est que l'accord des volontés individuelles : l'État se borne à sanctionner cet accord; la mission du juge est de rechercher et d'interpréter ces volontés. La tendance actuelle est de substituer à cette recherche des intentions la préoccupation de

---

(1) V. Cabouat, Fondement économique et philosophique du risque professionnel. *Traité des accidents du travail*, t. I, N° 99.

la justice et de l'intérêt social (1). Prêter aux contractants les intentions qu'ils n'ont pas eues, mais qu'ils pouvaient avoir, supposer qu'ils ont accepté les conséquences les plus lointaines de leur contrat, c'est faire œuvre vaine, souvent injuste. On ne peut refuser de reconnaître que dans bien des cas ces conséquences n'ont été ni prévues ni voulues par les deux parties. Celui qui souscrit un contrat d'assurance, qui expédie des marchandises par chemin de fer, est censé connaître et accepter toutes les clauses de la police ou du tarif : en réalité, dit M. Dereux (2), il les ignore ou les subit sans discussion. Le règlement d'atelier, rédigé par le patron, n'est que le libellé des conditions d'un contrat considéré comme accepté par l'ouvrier : en fait, l'ouvrier ne les connaît pas, les connaît à peine, ou n'est pas en situation de pouvoir les discuter. On peut en dire autant des amendes destinées à sanctionner ces règlements : théoriquement, ce sont de simples clauses pénales obligatoires au même titre que la convention elle-même ; pratiquement, c'est une source d'abus intolérables, un moyen pour un patron indélicat de récupérer une partie du salaire.

Comment réprimer ces abus ? Dans bien des cas, on estimera nécessaire de recourir à la loi. Bien des

---

(1) V. les articles de M. Dereux, Étude des diverses conceptions actuelles du contrat. *Revue critique*, 1901, p. 513, et 1903, p. 185.

(2) Dereux, *loc. cit., Rev. crit.*, 1901, p. 521.

législations ont déjà réglementé le paiement des salaires, les règlements d'ateliers, les amendes : cette intervention a toujours pour effet de restreindre ou subordonner à certaines conditions la liberté des contractants.

On peut aussi supprimer l'inégalité qui vicie ces conventions en donnant une représentation aux forces isolées, en substituant au contrat individuel le contrat collectif : c'est le cas du contrat passé par un syndicat professionnel au nom d'un groupe d'ouvriers (1).

Le problème comporte encore une autre solution, qui consiste à reconnaître au juge interprète de la convention et de la loi une plus grande latitude. C'est le système qu'a consacré le nouveau Code civil allemand, qui fait du juge l'interprète de la conscience publique, l'associé du législateur, son continuateur dans le temps. Deux dispositions très importantes, celles des articles 133 et 138, confèrent aux tribunaux des pouvoirs extrêmement étendus. Ils ne sont tenus d'assurer l'exécution d'une convention qu'autant qu'elle ne leur paraît avoir rien d'injuste ni d'immoral. S'ils estiment qu'il y a eu abus, conditions léonines, exploitation des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience des contractants, ils tiendront l'engagement pour nul. On aperçoit toute la

---

(1) V. p. ex., P. Bureau, *Le contrat de travail*; et P. Pic, La jurisprudence et le contrat collectif du travail. ***Rev. de dr. civil***, 1902, p. 499. Conf. Barthélemy Raynaud, Contrat collectif de travail. ***Bulletin de la Société d'Études législatives***, 1907, p. 420.

gravité des conséquences qu'autorise un pareil principe.

Peut-être ne serait-il pas nécessaire de modifier nos loi pour donner à nos juges une égale liberté. On a fait remarquer (1) qu'il y avait dans nos codes des dispositions qui permettraient aux tribunaux d'étendre à leur gré le domaine de la responsabilité civile et d'exercer un contrôle illimité sur la légitimité des conventions. L'article 6 du Code civil interdit de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs : mais cette notion de l'ordre public et des bonnes mœurs n'est pas légalement définie ; elle est abandonnée à l'appréciation de la jurisprudence. L'article 1382 pose le principe le plus général, le plus extensif qu'on puisse concevoir : « il n'est pas excessif de dire qu'en prenant tel quel cet article on pourrait faire avec lui, juridiquement, ce que l'on est convenu d'appeler la révolution sociale en restituant au travail tout ce qui est le produit du travail (2) ».

Le danger c'est qu'évidemment il est très facile et très tentant pour le juge d'abuser d'un pareil pouvoir. Tant que sa décision sera conforme aux sentiments, aux aspirations de l'opinion commune, on lui saura gré de l'avoir rendue. Mais dans un pays

---

(1) TISSIER, *Compte rendu de la déclaration de volonté de Saleilles*, tir. à part, p. 8.

(2) Emmanuel LEVY. L'exercice du droit collectif. *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 96.

profondément divisé où coexistent des notions si différentes du devoir, de l'honneur, de la justice, l'arbitraire des tribunaux serait très impatiemment supporté, provoquerait une sorte de révolte, troublerait et détruirait le sentiment du droit. Il n'est pas cependant défendu d'espérer qu'une meilleure organisation judiciaire, mieux adaptée à notre état social, pourra donner à la fois plus de garanties aux justiciables, plus d'initiative et de liberté aux tribunaux.

III

Cet avenir, qui nous semble prochain, que nous essayons d'entrevoir, reste encore enveloppé d'obscurité. Nous ne savons pas exactement ce qu'il sera ni comment il se réalisera. Mais il est contenu dans le présent : il sera le résultat des causes, le développement des tendances qui nous sont en partie connues. Ainsi la connaissance du milieu, du mouvement social, nous fournit une orientation ; elle éclaire et permet de régler notre conduite.

Le devoir des bons citoyens est de comprendre la nécessité des réformes et d'aider à les accomplir. Un accord est encore possible : les deux partis ont un égal intérêt à ce que cet accord soit tenté. La haine, la violence des uns ne peut rien créer ; la résistance aveugle des autres ne peut rien empêcher.

Si le prolétariat ne veut que remplacer une législation de classe par une autre intolérante, injuste, ex-

clusive, il n'aura réalisé aucun progrès, aucune œuvre viable. Pour substituer sa domination à celle de la bourgeoisie, il faut qu'il ait un personnel tout prêt, qu'il soit en état de prendre, du jour au lendemain, la direction économique de la société. Or l'éducation de ce personnel n'est pas faite. Au surplus, assurer la vie, la sécurité, la liberté d'un grand pays, c'est une tâche qui visiblement excède les forces et les capacités d'une classe : elle exige le concours de tous. Si le parti socialiste, a dit JAURÈS (1), « donnait l'impression qu'il est à la fois généreux et pratique, ardent au combat et ami de la paix, très ferme contre les institutions iniques et décidé à les abattre méthodiquement, très conciliant aussi envers les personnes, il avancerait d'un demi-siècle la vraie révolution sociale, celle qui serait dans les choses, dans les lois et dans les cœurs, non dans les formules et dans les mots, et il épargnerait à la grande œuvre de la révolution prolétarienne l'écœurante et cruelle odeur de sang, de meurtre et de haine, qui est restée attachée à la Révolution bourgeoise ».

De son côté, la bourgeoisie doit accepter l'inévitable — ne pas s'obstiner dans la défense de ses privilèges, dans le regret de l'hégémonie qu'elle a perdue — reconnaître ce qu'a de légitime le mouvement d'émancipation de la classe ouvrière. A ce prix elle fera l'économie d'une révolution. L'Église et l'Ancien régime en ne sachant pas, ou ne voulant pas se

(1) JAURÈS, *Études socialistes*, p. 82.

réformer, ont provoqué des catastrophes, des maux sans nombre.

En faisant des sacrifices nécessaires, la classe possédante peut trouver dans une transformation économique une vie plus enviable et plus paisible, une forme plus élevée du bonheur. La direction et les bénéfices des entreprises seront désormais partagés, mais les responsabilités le seront aussi. Les maux causés par la concurrence et la lutte pourront être atténués. Combien de patrons bienfaisants, charitables, souffrent de sentir peser sur eux la colère et les haines des ouvriers, sans comprendre que la bienfaisance, la charité individuelles ne peuvent ni compenser ni faire oublier l'injustice d'un état social.

III

L'ABUS DU DROIT [1]

« Les jurisconsultes et les législateurs modernes, dit M. PLANIOL (2), ont une tendance à considérer l'usage d'un droit comme pouvant devenir un abus et par suite constituer une faute. On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe : *le droit cesse où l'abus commence*, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque parce qu'un même acte ne peut pas être *tout à la fois conforme et contraire au droit.*

» Ce qui a provoqué un pareil langage, c'est que la plupart des droits ne sont pas absolus ; ils ont, au contraire, des limites, au delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir et doit être considéré comme étant sans droit. Il peut donc y avoir abus dans la conduite des hommes, non pas quand ils *exercent* leurs droits, mais bien quand ils les *dépassent*. Au fond, il y a donc ici une idée juste ; sa formule seule est inexacte. »

---

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 113.

(2) 1re éd. du *Traité de Droit civil*, t. II, N° 909, p. 269. Conf. 4e éd., N° 871.

L'observation, dans bien des cas, est justifiée (1): il est certain qu'on applique souvent à tort cette expression d'abus du droit. M. Bosc (2), par exemple, désigne sous le nom d'abus de propriété toute une série d'hypothèses bien connues en pratique, et dans lesquelles il nous paraît que le juge tend beaucoup moins à réprimer l'abus, qu'à déterminer la limite, le domaine des différents droits. Tous ces droits coexistent, se compriment les uns les autres; il faut faire la part de chacun. Ainsi, c'est plutôt un empiètement, une atteinte à la propriété d'autrui qu'on constate, lorsqu'on prononce une condamnation contre le propriétaire d'une usine, dont le bruit trouble les voisins ou de laquelle se dégagent de la fumée, des émanations délétères, des gaz nuisibles (3).

Mais lorsqu'on accorde des dommages-intérêts à l'ouvrier injustement congédié par son patron, nous croyons qu'alors on réprime un abus du droit. On ne nie pas le droit de congé, mais on en contrôle l'exercice.

Ceux qui considèrent que la responsabilité n'est engagée que lorsque l'auteur du fait dommageable est sorti de son droit doivent logiquement, comme le fait M ESMEIN, refuser aux Tribunaux, à défaut d'un

---

(1) Conf. MARC DESSERTEAUX, Abus de droit ou Conflit de droits. *Rev. de Droit civil*, 1906, p. 119.

(2) BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1900-01, p. 78.

(3) Cass. 11 novembre 1896. S. 97. 1. 273.

texte formel, la faculté de demander compte au titulaire d'un droit de l'usage qu'il en fait. Si l'on reconnaît la légitimité de cette intervention, on ne se borne pas à incriminer l'absence ou le défaut de droit : on va au delà. M. PORCHEROT fait justement observer qu'en cas d'abus, « la responsabilité ne naît pas du fait que j'ai excédé les limites de mon droit, puisque je l'exerce tel qu'il est établi par la loi et que je reste dans les limites qui lui sont assignées par des règles positives ; la responsabilité naît d'autre chose, par exemple, d'un élément subjectif au cas de droit exercé avec intention de nuire (1). »

Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer la portée de ces distinctions : elles sont souvent dénuées d'intérêt pratique et n'influent pas toujours sur la solution des questions qui peuvent se présenter. Tel auteur, dans un cas où nous voyons l'abus du droit, refuse de l'admettre, mais cependant considère que l'acte commis oblige à réparation, soit parce que cet état est illicite (2), soit parce qu'il est accompagné d'une faute (3). Ainsi la diversité des explications conduit au même résultat.

Cependant, M. SALEILLES aperçoit une différence possible. « Là (4) où il y a défaut de droit, la sanction principale accordée aux intéressés, c'est de

---

(1) PORCHEROT, *De l'abus du Droit*, thèse Dijon, 1901-02, p. 106.

(2) PLANIOL, *loc. cit.*, p. 270.

(3) E. LEVY, Responsabilité et Contrat, *Rev. crit.*, 1899, p. 367.

(4) SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, 2e édit., N° 310, note 1 *in-fine*, p. 373.

pouvoir s'opposer à l'acte illicite, et non seulement d'en demander réparation : sanction en nature et non par équivalent. Or, que l'on suppose, par exemple, les riverains d'une voie ferrée ayant à souffrir de la fumée que dégagent les machines employées par la Compagnie et soutenant que ces dommages proviennent ou d'un vice de construction du matériel ou de la mauvaise qualité de la houille ; leur donnera-t-on le droit de faire défense à la Compagnie d'user des locomotives en service ? Leur donnerait-on le droit de faire arrêter la marche des trains, sous prétexte que la façon dont la Compagnie use de son propre droit constitue un acte qu'elle n'avait pas le droit de faire ? Il n'y pas défaut de droit, mais abus de droit. »

Ainsi, dans le premier cas, lorsque le juge constate une lésion du droit d'autrui, il doit, toutes les fois qu'il le peut, ordonner la suppression ou le changement de l'état de choses préjudiciable. Au contraire, si l'auteur du dommage a abusé de son propre droit et non lésé celui d'autrui, on ne peut le condamner qu'à des dommages-intérêts. M. PORCHEROT ne veut pas faire cette différence (1) : il nous semble qu'il a raison. D'une part, le principe sur lequel se fonde un abus du droit, c'est celui de l'art. 1382 : et ce principe est assez général pour laisser au juge le soin d'apprécier quelle réparation il convient d'ordonner. Si la réparation en nature est possible et

---

(1) PORCHEROT, *loc. cit.*, p. 156. Conf. p. 80, note 1 *in fine*.

paraît justifiée, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit admise. Et si nous envisageons la première hypothèse, celle d'une lésion de droit (1), nous ne croyons pas que la destruction de ce qui existe indûment s'impose nécessairement, par cela seul qu'elle est matériellement possible. Nous pouvons constater qu'en pareil cas les Tribunaux accordent à leur gré, selon les circonstances, telle ou telle satisfaction : tantôt, c'est une indemnité payée une fois pour toutes, tantôt c'est une annuité ; et c'est plutôt exceptionnellement qu'on ordonne la cessation des travaux qui ont occasionné le préjudice (2). Bien plus, nous ne serions pas éloigné de penser que, dans certains cas, la prétention d'obtenir la démolition des travaux effectués devrait être rejetée comme étant elle-même abusive (3).

---

(1) Nous croyons même qu'on devrait considérer comme compris dans cette hypothèse l'exemple donné par M. SALEILLES ; nous avons dit que, dans ce cas, il nous semblait qu'il n'y avait pas à proprement parler abus du droit, mais plutôt atteinte au droit d'autrui.

(2) Conf. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, N°s 223 et 224 ; — AUBRY et RAU, t. 2e, 5e éd., § 194, p. 305.

(3) Par exemple, un propriétaire qui élève une construction sur son terrain excède ses limites et appuie un gros mur sur e fonds du voisin. Ce dernier, qui a laissé faire, n'accepte aucune indemnité et revendique son terrain : ce qui lui permettra de devenir pour partie propriétaire de la maison. Ne croit-on pas qu'il y aurait injustice à lui donner satisfaction, et que sa prétention implique abus du droit ? (V. sur la ques-

I

Ce qui frappe inévitablement quand on étudie cette question de l'abus du droit, c'est la place toujours plus grande qu'elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes, — et c'est aussi que cette place, elle l'a prise depuis peu de temps. Il y a quinze ans, on en parlait à peine : depuis lors les cas d'application se sont multipliés ; à l'occasion des grèves (1), des syndicats ouvriers (2), du congé dans

---

tion DEMOLOMBE, t. IX, N° 691 *ter*, p. 653, et PLANIOL, *Constructions empiétant sur le terrain voisin*, t. 1er, 2e éd., N° 1541, p. 521).

(1) Les ouvriers non syndiqués qui, par des menaces de grève adressées au patron, ont obtenu le renvoi d'un contre-maître, peuvent-ils être considérés comme ayant abusé de leur droit et condamnés à une réparation ? (Cass. civ., 9 juin 1896. SIREY 1896. 1. 25). Des tiers peuvent-ils, sans engager leur responsabilité, intervenir dans une grève et prendre fait et cause pour le patron ou pour les ouvriers ? (Affaire Rességuier-Jaurès. Tribunal Toulouse 19 mars 96. *Gaz. pal.* 1896, 4e Rec. mens., p. 421. Cour de Toulouse 20 juillet 1896. *Gaz. pal.* 8e Rec. mens., p. 177. Cass. req. 29 juin 1897. *Pand. fr.* 97. 1. 337 note de M. MERIGNHAC. S. 98. 1. 17 n. de M. ESMEIN. Conf. *Rev. crit.* 1898, p. 137.

(2) Affaire de l'ouvrier JOOST contre le syndicat de Jallieu. Un syndicat commet-il un abus du droit en exigeant d'un patron, sous menace de grève, le renvoi d'un ouvrier non syndiqué ? (Cass. civ., 22 juin 1892. S. 93. 1. 41 n. de M. RAOUL JAY. *Ann. de Droit commercial* 1892. 1. 125, n. de M. THALLER.

le louage de service (1), du droit de critique (2) dans les journaux, les travaux effectués sur son propre terrain par un propriétaire (3), on a été amené constamment à se demander où commençait la faute; on a résolu comme on a pu les difficultés, qui se

---

(1) A quelles conditions un congé, qui fait cesser un louage de services, peut-il donner lieu à des dommages-intérêts? (Cass. req. 21 nov. 1893. S. 95. 1. 166. Req. 14 nov. 1894. 4 arrêts S. 95. 1. 261. D. 95. 1. 36. Ch. civ. 20 mars 1895, 3 arrêts D. 95. 1. 249. S. 95. 1. 313. Cass. civ. 19 juin 1897 et 2 mars 1898, req. 28 juillet 1897. S. 99. 1. 33 n. de M. APPERT. Conf. *Rev. crit.* Exam. doctr. 1895, p. 609 et SALEILLES, *Bulletin de la société de Législ. comparée*, 1901, p. 237.

(2) Le droit de défendre une opinion peut-il autoriser des attaques dommageables pour un individu. (Aff. S[r] P... contre le journal *La France libre de Lyon*. Lyon 10 juillet 1896. S. 97. 2. 76. *Rev. crit.* 1898. p. 142). Le romancier abuse-t-il de son droit en empruntant à la vie réelle les personnages de ses romans? (Trib. fédéral suisse, 2 février 1895. S. 97. IV. p. 9. n. de M. MEYNIAL). On peut encore noter la question de savoir s'il n'y a pas lieu d'apporter certaines restrictions à l'exercice du droit de réponse. (Cass. 17 juin 1898. S. 98. 1. 537 n. de M. VILLEY. Affaire Brunetière-Dubout. Cass. 29 juin 1900. S. 1900. 1. 480). La proposition de la loi présentée à la Chambre des députés et qui a été l'objet d'un rapport de M. CRUPPI paraît bien faire, en cette matière, une nouvelle application de l'idée de l'abus du droit.

(3) Les Tribunaux peuvent-ils ordonner la démolition d'une cloison édifiée par un propriétaire sur son terrain, sans aucune utilité, et dans le seul but de nuire à son voisin, en le privant d'air et de lumière? (Trib. Sedan, 17 décembre 1901. S. 1904. 2. 217. n. de M. APPERT. *Revue critique* 1905, p. 325).

présentaient, tout en ayant le sentiment que ces solutions d'espèces étaient insuffisantes, et qu'on n'éluderait pas longtemps la nécessité de prendre un parti plus décisif, de chercher et d'adopter un principe d'interprétation plus général.

Ces tendances ont donc incontestablement des causes actuelles, des causes propres à notre temps : il ne faut pas cependant s'y tromper. La doctrine de l'abus du droit n'est pas nouvelle : elle a des origines lointaines. On la retrouve partout et dans toutes les législations. En droit romain, par exemple, elle n'apparaît pas seulement accidentellement dans quelques textes du Digeste (1) : elle explique et détermine le développement d'un grand nombre d'institutions. Quand on a protégé l'esclave contre le maître, l'enfant contre le père, n'a-t-on pas réprimé les abus du droit (2) ? La répression de la fraude, l'introduction de l'action Paulienne ne sont-elles pas aussi un contrôle imposé à l'exercice de certains droits ? Tous les changements qui se sont produits dans l'organisation de la famille, depuis le Code civil, ont eu le même caractère. Le droit du père ne lui a été reconnu qu'en vue d'une fin déterminée, la protection et l'intérêt de l'enfant ; toutes les fois qu'il cher-

---

(1) V. ces textes rapportés par M. PORCHEROT, p. 10, et notamment le fr. I. § 12 D. 39. 3.

(2) Conf. LEFEBVRE, *Introduction à l'histoire du Droit matrimonial*, p. 159.

chait à s'écarter de cette fin, la jurisprudence ou la loi l'y ramenait, constatant qu'il y avait abus.

Comment se fait-il donc que cette vieille idée nous surprenne et prenne pour nous un caractère d'actualité ? C'est parce qu'elle correspond plus spécialement aux sentiments et aux besoins de notre époque : comme le dit M. PORCHEROT (1), elle « marque une étape dans l'évolution de la conscience juridique de notre pays ».

La conception du droit tend à se modifier sans cesse. M. FOUILLÉE (2) a montré d'une façon saisissante « que les trois plus puissantes nations de notre temps semblent vouloir se partager les diverses notions philosophiques du droit et de l'ordre social, pour les développer dans la théorie et dans la pratique ». L'Allemagne voit surtout dans le droit l'impératif, l'action coercitive qui en assure le respect : la force et le droit dans ce mode de représentation finissent par se confondre. L'Angleterre envisage plutôt le côté utilitaire : pour l'école de BENTHAM (3), de JAMES MILL, le droit n'est guère que la protection assurée à l'intérêt, le moyen de le légitimer et de le satisfaire. En France, sous l'influence de la philosophie du XVIIIe siècle, on a cherché le fondement du droit dans l'idée de liberté : le droit est à la fois la

(1) P. 157.

(2) FOUILLÉE, *Idée moderne du droit*, p. 2.

(3) V. Elie HALÉVY, *La Jeunesse de Bentham. L'évolution de la doctrine utilitaire*, spéc., t. 1er, ch. 2., p. 55 et s.

conséquence et la condition de notre liberté: c'est une faculté d'agir, une garantie donnée à l'individu contre l'État. C'est bien l'idée caractéristique de la Déclaration des droits de l'homme : c'est celle qu'on retrouve le plus souvent dans les définitions. « En un sens, écrit M. BEUDANT (1), le seul dans lequel le mot exprime une notion vraiment distincte, c'est-à-dire qu'aucun autre ne rendrait, on appelle *droits* les facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose. » Et plus loin, le même auteur ajoute (2) : « le droit est une propriété inhérente à la nature humaine : il dérive pour l'homme des besoins légitimes et des aspirations de son être, de sa fin, en d'autres termes : *il se confond avec la liberté humaine, dont il n'est que le dérivé ou l'application.* » Cette conception impliquait presque forcément qu'on ne peut demander aucun compte à celui qui exerce son droit : pourquoi a-t-il agi, dans quelle intention, dans quel but, quelles sont les conséquences de son action ? Nul ne veut ni ne doit le savoir. La loi se borne à déterminer la sphère d'activité de chacun : elle impose des limites pour rendre possible la vie sociale, mais dans ces limites, qui nous sont assignées, notre liberté reste entière ; rien ne gêne notre activité, nous pouvons faire ce qui nous plaît dans la mesure de notre droit. Et s'il en résulte un

(1) BEUDANT, *Introduction au Cours de Droit civil*, p. 7.
(2) *Ibid.*, p. 8.

dommage pour autrui, nous ne sommes pas tenus de le réparer.

Voilà bien la conséquence de l'idée traditionnelle ; mais contre cette idée, qui se rattache elle-même à la thèse individualiste, une lente et profonde réaction s'est opérée. En politique, en économie politique, en morale, le libéralisme a subi une sorte de crise. « Les hommes de ma génération, ceux qui, étudiants il y a quelque vingt-cinq ans, ont applaudi aux cours de LABOULAYE et aux articles de PREVOST-PARADOL, se rappellent combien le mot de liberté sonnait fort de leur temps, combien de vertus on lui prêtait. Ce mot suffisait à tout, il répondait à tout, il justifiait tout ; il était dans tous les discours le mot de la fin, celui après lequel il ne reste plus qu'à s'asseoir. Mais depuis quelques années, la sonorité de ce mot décroît, comme les vibrations d'une cloche à mesure qu'on s'éloigne du rivage (1). »

On s'est aperçu que cette liberté couvrait bien des injustices : la jurisprudence, en contact avec la vie, en a été frappée plus que la doctrine ; elle a tenté de les corriger ou de les atténuer. Elle a réprimé l'abus de puissance paternelle ; elle a considéré que le fait d'avoir exercé son droit n'était pas, dans tous les cas, un motif d'exonération. En même temps, l'idée de justice s'est élargie (2) : des actes,

(1) CH. GIDE, L'idée de solidarité. *Rev. interna. de sociologie*, 1893, tir. à part, p. 1.

(2) « La conscience humaine est visiblement en quête d'une

qui n'avaient paru choquants qu'à quelques consciences délicates ont été jugés sévèrement, et réprouvés par la conscience publique. La solidarité, simple fait biologique, a pris une signification morale (1). Les frontières, toujours provisoires, à l'aide desquelles on prétend séparer la charité, la justice et la loi, se sont une fois de plus déplacées.

Et cette observation même fournit une réponse à l'objection la plus grave qu'on puisse faire à l'idée de l'abus du droit. Cette idée n'implique-t-elle pas, comme le dit M. Esmein (2), une confusion de la faute juridique et de la faute morale ? Celui qui use méchamment de son droit commet, moralement parlant, une mauvaise action, mais, légalement, cette

---

conception meilleure de la justice. Mais rien ne prouve que parmi les élargissements qu'il nous paraît équitable aujourd'hui de pratiquer dans la conception traditionnelle, les uns ne soient pas suggérés par quelque entraînement passager, sur lequel une réflexion plus attentive fera revenir et que les autres ne soient pas encore bien étroits au prix de ce qu'ils deviendront un jour. Réserver l'avenir, donner le peu que l'on entrevoit plutôt comme une indication que comme une formule décisive, se tenir en garde contre les élans irréfléchis et contre les pièges de l'égoïsme : c'est le devoir même de quiconque soumet l'dée de justice à la revision et à la critique ». Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 641.

(1) Conf. Darlu, Classification des idées morales du temps présent. *Morale sociale*, p. 17, et 23.

(2) En note sous Cass. Sirey 1898. 1. 21, col. 2. Conf. Giovanni Brunetti, *Il delitto civile*. Cap. II. Sezione II : Il fatto immorale damnoso e il fatto illecito, § 23, p. 55 et 57).

action n'a rien d'illicite. Cette façon de raisonner pourrait être admissible s'il y avait une barrière infranchissable entre la morale et la loi. Mais c'est en vain qu'on cherche un critérium, qui permette de faire exactement cette distinction (1). Rien de plus éphémère : celle qu'on apercevait hier, aujourd'hui s'est effacée. Suivant l'observation de M. GIDE (2), quand une obligation morale est acceptée de tous, ou quand on sent la nécessité de lui donner une sanction, elle change de nom et s'appelle la Loi.

II

Mais alors va se poser une question singulièrement embarrassante, celle de savoir à quoi se reconnaîtra l'abus du droit. La loi pourrait-elle être à la fois une protection contre l'injustice et contre l'arbitraire? En voulant réprimer des actes que jusqu'alors on

---

(1) Les jurisconsultes romains ont cru pouvoir séparer la morale et le droit : mais cette séparation est plus apparente que réelle. D'une part les *officia*, les devoirs imposés par les mœurs ne sont pas tout à fait sans sanction : il ne faut pas oublier le *regimen morum*. Bien plus, ces devoirs eux-mêmes se sont fréquemment transformés et sont devenus dans certains cas obligations légales. (V. dans CUQ : Extension de l'application des actes fiduciaires, comment on les fait entrer dans la sphère du droit. *Inst. jurid. des Romains. Ancien droit*. p. 592 et 593. Conf. ROGER THISSE. *Le Censeur et le Regimen morum*).

(2) GIDE, Justice et Charité. *Morale sociale*, p. 214.

avait cru prudent de tolérer, ne va-t-on pas ruiner le droit lui-même, le dépouiller de ses avantages essentiels, en en soumettant l'exercice au bon plaisir du juge ? (1)

Il y a là sans doute un danger. La pratique nous montre pourtant qu'il ne faut pas l'exagérer. Dans la plupart des cas où les Tribunaux ont vu un abus du droit, l'abus résultait pour eux de l'intention de nuire (2). La recherche de cette intention paraît *a*

---

(1) « Je suppose l'élite des consciences en possession du droit de désigner à la masse celles d'entre les actions réputées jusqu'alors charitables, qui doivent désormais être tenues pour justes. L'élite des consciences : quelle expression vague et élastique. Passons, toutefois, sur cette difficulté qui, après tout, n'est que préjudicielle. Qu'arrivera-t-il si, dans l'élite, l'accord n'existe pas ? Or, on peut avancer, sans hésitation, que de nos jours il est loin d'exister. La crise, dont nous avons signalé les effets, en est une preuve éclatante. Qui donc départagera les désaccords ? Qui jugera les juges ? Au surplus, établir des juges, n'est-ce pas substituer au suffrage universel, éliminé tout à l'heure, je ne sais quel suffrage restreint et censitaire, plus éclairé si l'on veut, mais aussi plus sujet aux partis pris, plus volontiers confiné dans une thèse d'école, moins spontané assurément dans ses impressions ; et cela, alors qu'il s'agit de choses où la spontanéité apparait comme une garantie contre les subtilités plus ou moins intéressées de la dialectique. » HENRY MICHEL, *L'Idée de l'État*, p. 644.

(2) Tel serait aussi le point de vue du Code civil allemand, si l'on tenait compte uniquement de l'art. 226 : « quiconque use de son droit dans le but uniquement de nuire à autrui fait un acte illicite. » Mais cette disposition se combine avec

priori bien difficile, on s'aperçoit cependant, quand on se place en présence des faits, qu'elle peut être formellement établie, qu'elle est bien souvent évidente.

Le risque, néanmoins, paraît trop grand non seulement à ceux qui s'opposent, mais à plusieurs de ceux qui se rallient à la thèse de l'abus du droit. « Rien n'est plus dangereux, dit M. SALEILLES (1), ou sinon rien n'est plus inutile que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus du droit : il n'est personne qui ait, en pareil cas, l'ingéniosité d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui (2). Il sera toujours facile d'alléguer un inté-

---

celle de l'art. 826, qui semble bien ne pas exprimer absolument la même idée : « Quiconque par un fait contraire aux bonnes mœurs cause intentionnellement un dommage à autrui doit réparation du dommage causé. » Le premier des deux articles vise exclusivement la conscience du préjudice, le second paraît envisager plutôt l'atteinte aux bonnes mœurs. Lequel doit l'emporter, quel est celui qui sert de critérium à l'autre ? Il est difficile de le savoir. (V. SALEILLES, *Etude sur l'obligation*, 2e édit., N° 310, note 1, p. 371.)

(1) *Loc. cit.*, p. 371.

(2) M. SALEILLES reconnaîtra cependant que la plupart de ceux qui caractérisent l'abus du droit par l'intention de nuire n'exigent pas que cette intention soit le mobile exclusif de l'acte. Il suffit qu'elle en soit le motif principal. (V. l'article de MONGIN sur le droit de congé dans le louage de service. *Rev. critique*, 1893, p. 355. Conf. sur la même question notre examen de Jurisprudence. *Rev. crit.*, 1895, p. 613.) M. SALEILLES, depuis lors, s'est rallié à l'idée de caractériser l'abus du droit par le

rêt individuel. » Pour notre collègue, la vraie formule « serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété (1) ».

Ainsi l'acte intentionnellement dommageable est un abus du droit, non pas en raison de l'intention qui l'inspire, mais par lui-même, parce qu'il constitue

---

but poursuivi. Dans un rapport présenté à la sous-commission de revision du Code civil, il propose le texte suivant : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt légitime et appréciable pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite du droit. » Il fait observer toutefois que cette condition subjective en soi ne serait appréciée que d'après sa matérialité objective. En d'autres termes, la mission du juge consisterait beaucoup moins à scruter l'intention secrète de celui qui a commis l'acte, qu'à rechercher si, d'après les circonstances de fait, cet acte est susceptible de sauvegarder un intérêt légitime méritant d'être pris en considération. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 340 et 349.

(1) *Eodem loco*, p. 371. Tel est bien aussi le sentiment de M. GENY. « Je suis, quant à moi, plutôt porté à croire que l'on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient. » *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 544.

objectivement un fait anormal, excessif : il aurait le même caractère si l'auteur avait agi sans malveillance et n'avait été qu'imprudent (1).

Il y aurait tout avantage à ce que l'accord se fît sur cette formule : nous ne contestons pas la valeur de l'idée qu'elle exprime ; elle est compréhensive et s'adapte à la généralité des faits. Jusqu'à présent, nous avons été surtout frappé par les cas où l'abus du droit semblait pouvoir être caractérisé par l'intention de nuire : mais nous reconnaissons que ces cas ne sont pas les seuls qui puissent se présenter. La détermination du but économique social du droit exerce peut être un meilleur critérium. Nous nous permettons une simple observation. Nous ne sommes pas sûr qu'en acceptant cette distinction, on réussisse, comme le voudrait M. SALEILLES (2), « à maté-

---

(1) On admettrait, par exemple, qu'une action judiciaire mal fondée peut faire encourir à celui qui l'exerce une condamnation à des dommages-intérêts, lorsqu'elle est engagée avec imprudence, mais sans mauvaise foi. Il semble qu'il y ait sur ce point désaccord entre la Chambre des requêtes et la Chambre civile ; la seconde, à la différence de la première, restreint l'abus du droit au cas de mauvaise foi. (V. Cass. civ., 16 mars 1892. S. 92. 1. 224. — Req., 18 mai 1868. D. 68. 1. 334. — 28 mai 1884. D. Supp. Rép. V°. Responsabilité, N° 83. Conf. PORCHEROT, p. 39.)

(2) *Loc. cit.*, p. 371. En réalité, comme l'a fait remarquer M. JOSSERAND (*De l'abus des droits*, p. 47, Paris 1905), « que de recherches subjectives la loi n'impose-t-elle pas au juge dans les ordres d'idées les plus variées et par les textes les plus précis! Qu'on veuille bien se rappeler seulement le rôle capital joué

rialiser le délit civil », à jeter « enfin par dessus bord le côté psychologique du droit ». Le plus souvent, le juge qui se demande si l'exercice d'un droit excède ou non la mesure fixée par les mœurs ne peut statuer sans se préoccuper des intentions, des mobiles d'action de l'auteur de l'acte incriminé (1). Voilà par exemple un ouvrier qui vend au brocanteur le mobilier de sa famille, tous les objets qui servent à l'usage, à la vie de sa femme et de ses enfants. Commet-il un abus du droit? Tout dépend des motifs auxquels il obéit; ces motifs peuvent être légitimes ; ils peuvent aussi ne pas l'être, et dans ce dernier cas seule-

---

en matière de possession, de propriété, de paiement de l'indû, etc., par la bonne ou la mauvaise foi des parties en présence; qu'il s'agisse de mariage, de droits réels, d'obligation, de responsabilité, la question de bonne ou de mauvaise foi domine les rapports juridiques et solutionne les litiges : en vérité la bonne foi crée le droit. Or, n'est-elle pas au premier chef une notion d'ordre subjectif ».

(1) Lorsqu'on condamne l'acte, abstraction faite de ses motifs, c'est qu'on le considère comme n'étant plus compris dans la sphère du droit. Ainsi la puissance maritale ne comporte plus aujourd'hui un droit de correction corporelle : ce droit qu'on refuse au mari, certains auteurs permettent au père, à certaines conditions, de l'exercer sur son enfant. Le jour n'est peut être pas éloigné où l'assimilation se fera entre les deux cas. L'évolution se sera opérée de la même manière : la répression des abus conduit à l'amoindrissement ou à la suppression du droit. Conf. PLANIOL, Décadence de la puissance maritale. Disparition du droit de correction. *Traité de Droit civil*, t. Ier, 3e édit., N° 923, p. 311.

ment nous dirons que le droit conféré par l'art. 1421 C. civ. au mari, chef de communauté, a été détourné de sa destination normale (1).

Somme toute, l'opposition des deux points de vue, objectif, subjectif, n'est pas irréductible : tout au moins, ne faut-il pas, croyons-nous, en exagérer l'importance. Dès maintenant, les lignes principales se dessinent; dans son ensemble, la théorie de l'abus du droit paraît à peu près constituée. La doctrine, en cette occasion et comme à l'ordinaire, ne fait guère que coordonner les solutions fournies par la pratique; elle donne à une action longtemps indé-

---

(1) La Jurisprudence administrative permet de faire la même constatation : lorsque le Conseil d'État est saisi d'un recours pour détournement de pouvoir, il tient compte du but poursuivi par l'administrateur, et prononce l'annulation si ce but est contraire à la loi. Comme le dit M. PORCHEROT, « cette idée de finalité et de but poursuivi, qui caractérise le détournement de pouvoir, se retrouve dans la notion de l'abus du droit » (p. 155). — (Conf. C. d'Etat, 3 août 1900. S. 1902. 3. 41 et 27 février 1903. S. 1905. 3. 17 et la note de M. HAURIOU). On peut rappeler aussi que M. BUFNOIR rapprochait l'abus du droit de la théorie de la cause, parce qu'il apercevait dans les deux cas cette préoccupation du but. « L'autonomie de la volonté ne suffit pas pour que la volonté se lie elle-même; la loi veut savoir pourquoi elle se lie et apprécier son but; de même l'autonomie de la propriété ne suffirait pas à justifier l'usage absolu de la chose sur laquelle porte ce droit de propriété; il faudrait que tous les actes qui en constituent l'usage, ou certains d'entre eux tout au moins, eussent une cause légitime acceptée par la loi. » *Propriété et contrat*, p. 809.

cise, un peu inconsciente, une sorte de direction ; elle la règle et la fortifie. N'est-il pas permis d'espérer qu'on peut ainsi assurer à la fois le respect et le progrès du droit, et que cette conception appliquée avec mesure, avec sagesse, peut être, dans l'ordre juridique, un des meilleurs moyens de concilier la liberté et la justice ?

IV

LA PROPRIÉTÉ CORPORATIVE[1]

Bien qu'il y ait une part d'arbitraire inévitable dans le choix d'un sujet, j'ai pensé que de bonnes raisons pouvaient fixer mes préférences et m'engager à vous proposer d'étudier cette année la question de la *propriété corporative.* Nous aurons bientôt à nous demander ce qu'il faut entendre par là : ce sera notre première difficulté, car la propriété corporative se conçoit plus facilement qu'elle ne se définit. Contentons-nous pour le moment d'une notion provisoire. La propriété corporative est celle d'une collectivité qui a une existence propre, se distingue des individus qui la composent et ne se constitue pas seulement en vue de leur intérêt (2).

Ce qui mérite, à mon sens, d'appeler notre attention sur cette question, c'est qu'elle permet d'allier à l'étude des procédés juridiques, objet propre de cet enseignement, une double préoccupation — préoccupation d'un problème de législation très actuel et

(1) Leçon d'introduction d'un Cours de droit civil publiée dans la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1901.

(2) Conf. SALEILLES, *Annales de Droit commercial*, 1895, p. 65.

très important — préoccupation d'un problème de sociologie, celui de savoir si l'on peut déterminer la loi d'évolution de la propriété corporative, et quelle est cette loi.

Sans préjuger la solution de ces problèmes, essayons aujourd'hui de les poser :

1° *Quels sont les avantages et les dangers de la propriété corporative ?* Est-ce que la loi doit la combattre ou la favoriser ?

Il semble qu'on ne puisse à cet égard s'éclairer que par l'expérience : mais ce qui nous montre bien la complexité du problème, c'est que l'expérience risque de nous donner des réponses contradictoires. Nous allons voir, en effet, que presque dans tous les pays où s'est développée la propriété corporative, on s'est plaint des abus et des conséquences mauvaises qu'elle engendrait ; au contraire, lorsqu'elle n'existe pas, on se plaint de ce qu'elle fait défaut, on souffre de n'en pas avoir, on cherche à la créer.

A la veille de la Révolution, la France comprenait une énorme quantité de propriétés corporatives. La plus riche de toutes les corporations, c'était l'Église. On estimait en capital la valeur de ses biens à près de 4 milliards (1), représentant environ le cinquième du territoire. Ces biens rapportaient de 80 à 100 millions, auxquels il fallait ajouter 120 millions de dîmes,

(1) Rapport de TREILHARD au nom du Comité ecclésiastique. *Moniteur*, 19 déc. 1789 ; Conf. TAINE, *Ancien régime*, p. 18 et 19.

au total 200 millions par an. La plus petite partie de ces revenus était employée à sa destination normale, assurer le service religieux. Je n'ai pas besoin de rappeler ici les abus que tout le monde connaît, qui se trouvent rapportés dans toutes les études publiées sur l'ancien régime. Je citerai seulement le contraste entre la condition des évêques, presque tous pris dans la noblesse, vivant presque constamment éloignés de leurs évêchés, dépensant à la Cour les gros revenus de leur mense épiscopale, variant de 60 à 200 mille livres — et la triste misère du clergé des campagnes, sur lequel pèsent toutes les obligations du service religieux, qui supporte les charges sans avoir le profit. Je mentionnerai comme caractéristique de ces sortes d'abus la portion congrue et la commende. Dans un grand nombre de paroisses riches, le titulaire, qu'on appelait *curé primitif*, se contentait de toucher les revenus et se déchargeait du ministère sur un vicaire, auquel il abandonnait un traitement misérable constituant la *portion congrue*. La royauté, à plusieurs reprises, avait été obligée d'intervenir pour empêcher que cette portion ne fût pas trop réduite. Charles IX avait fixé le minimum à 120 livres, Louis XIV à 300. On appelait *commende*, l'attribution d'une abbaye à un abbé dispensé de la résidence et autorisé à déléguer ses pouvoirs et ses charges à un prieur. C'était le moyen de séparer la propriété monastique des devoirs pour l'accomplissement desquels elle avait été instituée. Théoriquement, la commende ne devait être conférée qu'à des ecclésiasti-

ques : souvent en fait elle était concédée à des laïques, tout au moins à des clercs tonsurés une seule fois dans leur vie. A cet égard, l'exception tendait à devenir la règle. « En Lorraine, sur 25 abbayes, 19 étaient en commende. La proportion était à peu près la même pour tout le royaume. Sur 1026 abbayes mentionnées par l'Almanach royal, 909 sont en commende ; 653 abbayes d'hommes et 255 de filles. L'abbé commendataire ne résidait pas, souvent n'avait jamais visité ses moines ; il appartenait au haut clergé et vivait à la Cour, n'ayant de l'ecclésiastique que le rabat et le petit collet. Il se réservait pour son usage personnel la *mense abbatiale*, qui comprenait d'ordinaire les deux tiers du revenu total, laissant à ses moines l'autre tiers sous le nom de *mense éventuelle* (1) ». Il était fréquent de voir les commendes attribuées dès leur enfance à des fils de familles nobles, qui le plus ordinairement ne se contentaient pas d'une seule. Nous lisons dans une biographie du duc Emmanuel-Théodose de Bouillon, cardinal à vingt-six ans, grand aumônier de France, qu'il ajoutait à ces deux dignités, dès l'époque où il les obtint, le titre d'abbé commendataire de 7 abbayes (2), Saint-Martin de Pontoise, Saint-Ouen de Rouen, Saint-Waast

---

(1) GASQUET, *Institutions politiques et sociales de l'ancienne France*, t. II, p. 66. — Conf. C. MATHIEU, l'*Ancien régime en Lorraine*.

(2) F. REYSSIÉ, Le Cardinal de Bouillon. *Annales de l'Académie de Mâcon*, 1898, p. 50.

d'Arras, Vigogne, Saint-Pierre de Beaujeu, Tournus et Cluny, le plus riche, unique en autorité, dit Saint-Simon, dont la mense abbatiale était de 40 mille livres.

On retrouvait presque les mêmes abus dans les Universités, d'ailleurs beaucoup moins riches. Au dix-septième siècle, la Faculté de droit canon de Paris n'avait « plus qu'un seul professeur, qui pour garder tous les revenus se refusait obstinément à se donner des collègues : celle de Bordeaux était réduite, elle aussi, à un seul membre, qui faisait à lui seul l'office du corps tout entier, et baillait des lettres de gradués, sans voir les candidats qui ne venaient même plus dans la ville ; — celle de Bourges était devenue le fief d'un beau-père et d'un gendre ; celle d'Orléans laissait vacantes dix ans de suite des places d'agrégés et ne se résignait à y pourvoir que sur requête du Parlement et injonction du chancelier ». En 1736, le préteur royal de Strasbourg écrivait à Versailles. « Depuis sept à huit ans, les professeurs ne font plus de cours publics, sans doute parce que leurs leçons privées leur sont largement payées, et qu'ils trouvent cette méthode plus lucrative (1)».

C'est une erreur de croire que tous ces abus étaient propres à l'ancien Régime : on peut en citer d'analogues dans tous les pays où se sont perpétuées les fondations, l'Angleterre, par exemple. Nous oublions si facilement le passé, que nous sommes surpris d'y retrouver tout ce que nous avons eu. La condition

(1) L. Liard, *Enseignement supérieur en France*, t. I, p. 71.

des *felows* dans les Universités rappelle tout à fait celle des chanoines prébendés dans nos anciennes collégiales. Les Collèges anglais, fondations instituées dans les Universités pour recevoir les étudiants, sont administrés par des *felows*, qui se recrutent par cooptation, n'ont presque aucune charge et dont la condition est fort enviable. Les étudiants, sauf un très petit nombre de boursiers, payent des rétributions élevées, qui s'ajoutent à tous les revenus du Collège pour pourvoir à toutes les dépenses. Les *felows* sont logés et nourris luxueusement et gratuitement. Outre la jouissance commune de la bibliothèque, des salles et parcs du collège, chacun d'eux dispose d'un appartement et d'un jardin particuliers. On trouve dans le Collège de nombreux serviteurs, on y sert des repas très longs, très copieux, comportant traditionnellement quatre ou cinq espèces de vins. Les *felows* font des cours s'il leur plaît d'en faire et se partagent à la fin de chaque année l'excédent des revenus, après tous frais payés. Ce dividende sensiblement diminué par la crise agricole est encore très appréciable. Un *felow* d'un Collège de Cambridge disait à l'un de nos collègues que sa part, après avoir atteint 7000 francs était d'environ 3500 ou 4000. En vingt ans, il avait fait deux séries de cours, un semestre sur l'économie politique, un autre sur la musique.

Les relations si documentées de M. Max LECLERC contiennent des détails curieux sur les abus auxquels donne lieu dans l'Église anglicane le trafic du droit de présentation. On sait que les cures y sont encore

soumises au régime des bénéfices ecclésiastiques. Les titulaires sont nommés sur la présentation des héritiers du fondateur. Ce droit de présentation, semblable à celui que la loi française reconnaît aux officiers ministériels, fait souvent l'objet d'un marché. Des agences s'occupent de la vente et de l'achat des cures vacantes. En 1893, l'archevêque de Cantorbéry demandant à la Chambre des lords d'interdire ce trafic, citait des réclames édifiantes : « Occasion pour un amateur de sport. Presbytère 4000 livres. Entrée en possession prochaine. Prix 2000 livres. — Cure séduisante située près d'une plage à la mode. — Population 1500 âmes, peu de fidèles » (1).

Faisons maintenant la contre-épreuve. Restons dans notre temps et dans notre pays. La plupart des fondations anciennes ont disparu. La Révolution a confisqué les biens de l'Église et ceux des Universités : elle a supprimé les corporations d'artisans, interdit comme dangereuses les associations ouvrières. Napoléon continuant, en les exagérant, les traditions de l'Ancien régime, a constitué ce puissant système de centralisation administrative qui lui survit et dure encore. L'État prend à sa charge tous les services, le culte, l'éducation, la bienfaisance, la colonisation ; il est le tuteur et le créateur de toutes les personnes morales ; elles tiennent de lui une vie d'emprunt ; elles

---

(1) LECLERC, *Les professions et la société en Angleterre*, p. 98, n° 2.

ne peuvent recevoir aucun don sans qu'il y ait consenti. Quelles sont les conséquences d'une telle conception ? Question singulièrement grave, celle que TAINE s'est posée, à laquelle un labeur de vingt ans ne lui a pas permis de répondre pleinement. Il faut sans doute se garder d'un parti pris de dénigrement. Dans un pays qui a connu tant de vicissitudes, usé et remplacé tant de gouvernements, quels services n'a pas rendus cette administration dont on se plaint et dont on se moque si volontiers ? Elle corrige le vice de notre instabilité, fonctionne le lendemain d'une Révolution presque aussi bien que la veille. Grâce à elle, le mouvement initial continue ; un gouvernement disparaît un autre le remplace, sans que les services publics aient subi d'interruption. Rien n'est changé que le nom.

Mais de quel prix faut-il payer cet avantage? Il suffit pour s'en rendre compte de regarder autour de soi, de noter tous ces tristes symptômes qu'on a si souvent signalés : l'initiative individuelle impuissante ou découragée, — une poussière d'hommes sans force et sans courage n'osant rien entreprendre, attendant tout de l'État, les services publics subordonnés aux passions, aux intérêts de parti, l'État pliant sous le poids de toutes les charges dont il est accablé ; son organisation, ses aptitudes le rendant impropre à beaucoup de fonctions dont il s'est chargé, une lourde dette, de lourdes charges militaires absorbant les deux tiers de nos ressources, un régime uniforme

agissant de loin et par contrainte (1), ressort insuffisant pour faire vivre toutes les Œuvres qui ont besoin de bonne volonté, d'indépendance et de dévouement ; malgré tous les efforts accomplis, l'insuffisance de l'instruction et de l'assistance publique, la criminalité entretenue par un mauvais régime pénitentiaire, pas d'écoles de réforme pour les enfants, l'incurable plaie du vagabondage, le spectacle d'un pays qui se détruit par l'alcool, qui lui sacrifie sa sa santé et son intelligence.

A tous ces maux, on a voulu chercher un remède illusoire dans la décentralisation. Il ne faut pas réfléchir longtemps pour être obligé de reconnaître que la centralisation politique est une condition de notre unité nationale; la centralisation administrative, une condition de la paix sociale. Supposez les communes maîtresses de leur police et de leurs finances, fatalement, dans un pays divisé comme le nôtre, on aura l'intolérable oppression de la minorité par la majorité ; la première payera toutes les charges et sera dépourvue de protection. L'histoire démontre que le rôle essentiel de l'État est d'intervenir comme arbitre et d'empêcher cette tyrannie. Il voit de plus loin, juge avec plus d'indépendance que le pouvoir local : il est plus prévoyant et moins injuste.

Une seule solution semble possible : favoriser les associations libres, encourager toutes les bonnes

---

(1) V. TAINE, Formation et caractère du nouvel État. *Régime moderne,* t. I, p. 151.

volontés, donner aux groupes non seulement la liberté mais la propriété, revenir, en d'autres termes, au système des fondations (1).

Ainsi, comme il arrive presque toujours en matière de législation, le problème se résout par une conciliation. Il faut chercher un moyen terme entre les avantages et les inconvénients. Autrefois, comme aujourd'hui, il y a eu excès dans des sens opposés : le point d'équilibre a été dépassé. Nous essaierons de déterminer, sans avoir la prétention d'y réussir, comment cet équilibre peut être rétabli.

2° Nous avons dit que l'étude de la propriété corporative soulevait un autre problème, un problème de sociologie. Il consiste à se demander *quelle est la loi d'évolution de cette propriété, comment elle peut se constituer, se conserver et disparaître.*

La propriété corporative a des causes à la fois historiques et économiques.

Prenons par exemple les associations qui ont pour but l'assistance des pauvres et des malades. On ne peut suivre et comprendre leur rôle qu'à la condition de connaître déjà le régime du travail et l'organisation de la famille Les institutions d'assistance deviennent surtout nécessaires sous le régime de la liberté du travail : les engagements permanents, le patronage, ne laissent pas l'ouvrier exposé aux

(1) Conf. HAURIOU, La décentralisation par les établissements publics. *Revue politique et parlementaire*, 2e année, t. IV, p. 56.

mêmes risques (1). De même, l'organisation de la famille influe sur le développement du paupérisme et par contre-coup sur celui des œuvres charitables. La famille patriarcale, la famille souche restent un centre permanent de protection, auquel tous les membres peuvent recourir dans les épreuves de la vie. Au contraire, dans la famille instable, l'adulte dispensé de pourvoir aux besoins de ses proches peut arriver à une situation élevée s'il est habile et heureux, mais ne peut espérer aucun secours s'il échoue. Dans ces conditions, la charité apparaît comme l'unique remède. Mais c'est un remède dont on constate bientôt l'insuffisance : il entretient le mal en le soulageant. Une réaction se produit contre les institutions charitables : on s'efforce de prévenir le paupérisme par la prévoyance, l'assurance, la responsabilité du patron.

Nous pourrions prendre d'autres exemples, mais celui-ci suffit à nous montrer que les corporations tendent à se développer naturellement lorsqu'elles répondent à un besoin social : elles déclinent lorsque ce besoin s'affaiblit; nous dirons bientôt comment elles disparaissent.

Mais ce qui doit spécialement nous préoccuper — puisque ce cours est avant tout un cours de droit — c'est de savoir à l'aide de quels procédés juridiques

(1) On sait qu'au Tonkin, par exemple, les concessions de terre importantes sont faites parfois à charge par le concessionnaire d'assurer pendant un certain temps l'existence des indigènes qui viendront se fixer et travailler sur son domaine.

le besoin, auquel répond la création d'une corporation, peut être satisfait. Ces procédés juridiques ont été extrêmement nombreux : ils ont varié suivant les époques et suivant les pays, mais en dépit de cette diversité, il n'est pas, je crois, très difficile de les classer (1). Tous, en effet, se ramènent à deux, ou plus exactement se répartissent en deux catégories. Tantôt la propriété corporative se constitue *ouvertement*, tantôt par un *procédé détourné*.

Elle se constitue ouvertement lorsque la loi ne met pas obstacle à sa création et lui fournit elle-même les moyens de la réaliser. Telles sont notamment les chartes d'incorporation du droit anglo-saxon, la personnalité civile du droit français, la fondation du droit allemand. La personnalité civile, par exemple, consiste à donner une vie propre à la société considérée comme distincte et indépendante de ses membres. Son patrimoine ne se confond pas avec celui des associés : elle peut pour son propre compte acquérir et posséder. Nous verrons d'où nous vient cette théorie de la personnalités civile, quel a été son rôle, quels sont ses avantages et ses inconvénients. Sous une législation très libérale, elle répondrait probablement à tous les *desiderata* des associations, de celles tout au moins qui ne chercheraient pas à dis-

(1) Conf. Saleilles. Rapport préliminaire présenté à la Commission nommée par la Société d'Etudes législatives pour l'étude de la question des fondations. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, p. 467.

simuler l'existence de leurs biens. Mais elle présente, dans l'état actuel de notre droit, une sensible insuffisance. Elle apparaît d'abord comme un privilège, une concession exceptionnelle faite à certaines associations. Par suite, toutes celles qui n'en jouissent pas sont obligées de chercher un autre procédé. En second lieu, c'est une faveur qui se paie. L'association qui l'obtient se trouve placée dans une certaine dépendance vis-à-vis de l'administration : elle ne peut, sans être autorisée par le gouvernement, acquérir à titre gratuit.

C'est autant de raisons qui pousseront beaucoup d'associations à recourir, pour se constituer un patrimoine, à des expédients, des procédés détournés. Le plus simple et le plus usité, c'est l'interposition de personnes. Un des associés, ou même un tiers agissant pour son propre compte acquiert les biens destinés à l'association. En fait, ces biens sont affectés à un usage commun ; souvent même, une contre-lettre constate que l'associé n'en est que propriétaire apparent. Mais c'est un procédé dangereux. La confiance de l'association dans son intermédiaire risque d'être trompée : il peut s'approprier les biens dont il n'est que dépositaire, les vendre valablement, car, aux yeux des tiers, il est réputé propriétaire et la contre-lettre ne leur est pas opposable. On peut craindre des difficultés avec ses héritiers, qui réclameront parfois, comme faisant partie de la succession de leur auteur, les biens acquis par lui pour le compte de l'association. Ainsi, à la mort du P. Lacordaire,

un de ses frères revendique contre les Dominicains sept couvents.

Mais les associations qui recourent à l'interposition de personnes, s'affranchissent de la tutelle de l'administration, et c'est un avantage qui leur semble souvent préférable à la situation privilégiée qui résulterait pour elles du fait d'avoir obtenu la personnalité.

Connaissant les modes de constitution de la propriété corporative, nous rechercherons à quel régime elle est soumise, comment elle se conserve. Par la force même des choses, le régime des propriétés corporatives diffère de celui des propriétés individuelles. La propriété individuelle est utilisée par le propriétaire lui-même : son droit et son intérêt se confondent. A moins qu'il ne soit exceptionnellement incapable, il veille lui-même à la conservation de son bien ; il est en mesure de le sauvegarder et de le défendre. Au contraire, les bénéficiaires de la propriété corporative ne peuvent pas, le plus souvent, l'administrer. Prenons pour exemple un établissement affecté au service des malades : tous ceux qui recevront des soins dans cette maison seront les bénéficiaires de l'œuvre. Mais d'autres personnes devront pourvoir à son administration. Le plus souvent, ces administrateurs devront être rémunérés : ainsi, une partie des ressources destinée aux besoins des pauvres se trouvera absorbée improductivement. Insensiblement, ils chercheront à s'approprier les profits de cette propriété corporative, qu'ils ont mission de

conserver. Ils ne se considéreront pas comme étant au service des bénéficiaires, mais considéreront plutôt ceux-ci comme leurs subordonnés. Pour le directeur d'un hôpital, le malade est un administré.

Autre infériorité : pour améliorer, il faut faire acte d'initiative, de vigilance, courir des risques, accepter des responsabilités. Les administrateurs du patrimoine d'autrui y seront peu disposés : ils apprécieront surtout la sécurité et la tranquillité dans l'administration. S'il s'agit d'un placement mobilier, leur choix se portera sur les titres de tout repos : pour les immeubles, on recherchera les locations principales, les baux à long terme (emphytéose, enzel) dégageant le propriétaire de toute obligation. On n'obtient habituellement ces avantages qu'au prix d'une diminution sensible de revenus. Cependant l'emphytéose peut devenir parfois une source de profits lointains : l'emphytéote pendant de longues années ne paiera qu'une redevance modique, mais à l'expiration du bail, le propriétaire bénéficiera des défrichements et des constructions qui auront été faits. D'autres fois, l'association verra surtout dans ses biens un moyen d'influence : elle essayera de se constituer une clientèle. C'est ainsi et dans ce but, que l'Église, au moyen âge, a usé du précaire.

On ne sera donc pas surpris de constater que l'État s'inquiète de l'existence de ces propriétés corporatives. Elle sont, en effet, plus redoutables pour lui que les fortunes individuelles. La propriété ne donne plus la souveraineté, mais conserve toujours une cer-

taine influence sociale. Une société pourra tenter d'en abuser. C'est un danger particulièrement à craindre dans une démocratie, où l'on peut agir à la fois sur l'élection et sur l'élu. Une association qui peut à un moment donné engager une grosse somme dans une entreprise électorale, constituer et subventionner des comités, acheter des journaux, trouble ou dirige à son gré l'opinion, sans qu'elle s'en doute (1). Une autre conséquence fâcheuse, que c'est les propriétés corporatives soumises aux modes d'administration que nous avons indiqués, soustraites à la circulation, donneront presque toujours une production inférieure à celle de la propriété privée et paieront proportionnellement beaucoup moins d'impôts. Enfin, l'État, qui a pour principal office de maintenir le droit (2), doit, par cela même, exercer sur la propriété corporative une surveillance particulière, assurer le respect des statuts et de la volonté du fondateur, protéger les bénéficiaires contre les administrateurs, sauvegarder l'avenir de l'œuvre.

Pour répondre à ces diverses sortes de préoccupations, on a pris dans toutes les législations de très nombreuses mesures politiques, fiscales, administratives.

Il suffit de rappeler que selon notre droit, il n'y a pas longtemps, avant la loi du 1er juillet 1901, toute association de plus de 20 personnes était considérée

(1) LEVY-ULLMANN, *La question politique des trusts.*

(2) TAINE, *Régime moderne*, t. I, p. 141

comme un délit. Les associations de personnes peuvent maintenant se former librement sans autorisation ni déclaration préalable. Mais la pleine capacité suppose encore une faveur particulière, la reconnaissance d'utilité publique conférée par décret après avis du Conseil d'État. Et même investies de cette capacité, les associations ne peuvent acquérir à titre gratuit, sans autorisation spéciale. Toutes les valeurs mobilières d'une association doivent être placées en titres nominatifs. Les seules acquisitions immobilières permises sont celles nécessaires au fonctionnement de l'association (1).

La loi fiscale frappe les associations d'impôts supplémentaires qu'on justifie en les présentant comme créés à titre de compensation: la taxe des biens de mainmorte (2), le droit d'accroissement imposé aux congrégations.

Les mesures purement administratives, ayant uniquement pour fin d'assurer la conservation des fondations, d'empêcher que l'œuvre ne soit détournée de son but, ont en France peu d'importance. Certains établissements (monts-de-piété, caisses d'épargne) sont soumis à une tutelle spéciale portant surtout sur leurs finances. Les fondateurs, donateurs et leurs ayants cause ont le droit de demander aux tribunaux la révocation des libéralités pour inexécution des

---

(1) Loi du 1er juillet 1901, art. 11.
(2) Loi du 31 mars 1903, art. 2 et 3.

charges. En Angleterre, une commission spéciale, la *Charity-Commission*, composée de sept jurisconsultes, est chargée de surveiller les fondations, de mettre, au besoin, leurs statuts d'accord avec la loi ou les mœurs : nous verrons qu'elle s'est surtout occupée des fondations scolaires. En abrogeant les distinctions de secte, en reformant les plans d'études, elle s'est efforcée de concilier le respect de la volonté du disposant avec la nécessité de subir l'action du temps, de se transformer sous peine de décliner et disparaître. Des mesures d'une portée et d'un caractère différents ont été prises en Italie par la loi du 17 juillet 1890 sur les œuvres de charité, à la suite d'une enquête effectuée par une commission extra-parlementaire, qui fut amenée à constater de très graves et nombreux abus. Cette enquête révéla notamment que près du tiers des revenus de ces œuvres se dépensait en frais d'administration.

Ainsi, comme toutes les institutions, la propriété corporative porte en elle des germes de mort. Les causes d'extinction peuvent se ramener à trois :

1° La fondation perd son objet ou son utilité. Les limites de nos prévisions sont bornées ; les circonstances économiques ou l'état social, en vue desquels une œuvre est créée, se modifient ; l'œuvre devient sans raison d'être. Ainsi s'étaient fondées au moment des Croisades de nombreuses associations militaires ou religieuses destinées à protéger ou secourir les pélerins. Tous ces ordres durent se transformer ou

disparaître, lorsqu'il n'y eut plus de Croisades (1).
Le même sort attendrait les sociétés de secours aux blessés qui existent aujourd'hui si l'on parvenait jamais à supprimer la guerre.

2° La seconde cause d'extinction du patrimoine d'association, c'est le partage des biens entre les associés.

Nous aurons bientôt l'occasion d'indiquer que ce qui caractérise la propriété corporative, c'est la préoccupation d'un intérêt collectif. Les associés en se rapprochant font acte d'abnégation, se subordonnent à un intérêt supérieur. Mais au fur et à mesure qu'on s'éloigne de la période souvent héroïque des débuts, un autre état d'âme apparait. Au

---

(1) Une curieuse monographie de M. Germain, L'œuvre de la rédemption des captifs à Montpellier. *Mémoires de la Société archéologique de Montpellier* 1893, nous montre ce qu'était à Montpellier, à la fin du XVIIIe siècle, deux fondations destinées au rachat des captifs dans les pays barbaresques, le couvent des Pères de la Merci et celui des Trinitaires de Saint-Maur. « Les deux ordres ont presque complètement cessé de rendre des services et ne s'occupent guère de sauver des captifs; de loin en loin, on en recueille précieusement quelques-uns, qu'on fait figurer dans les processions et les cérémonies publiques pour exciter, en faveur de l'œuvre, le zèle et la libéralité des fidèles. A la veille de la Révolution, l'Ordre de la Merci était sur le point de disparaître: un projet, dont l'exécution était imminente, attribuait au clergé diocésain les biens de la maison de Montpellier, avec assurance de pensions viagères pour le petit nombre de religieux qui s'y trouvaient encore ».

lieu de se dévouer à la société, on tire profit de son existence et de ses ressources. L'esprit d'association fait place à l'égoïsme, un moment vient où les associés ne pensent plus qu'à eux-mêmes, s'approprient les biens de la société et finissent par se les partager (1).

3° Reste une dernière cause d'extinction, qui nous paraît être de beaucoup la plus importante. L'association excite la convoitise et devient la proie d'un groupement plus puissant. Ces convoitises se dissimulent sous des apparences multiples et s'efforcent de se légitimer. Les révolutions politiques ou reli-

(1) Avant que la Révolution ne s'en emparât, le patrimoine ecclésiastique avait subi une lente décomposition : les abus que nous avons rappelés préparaient sa disparition. Il n'était pas rare de voir des associations religieuses abandonner leur règle primitive pour opérer entre leurs membres une sorte de partage de fait. L'abbaye de Tournus, en Bourgogne, nous fournit un exemple intéressant et qui n'a rien d'exceptionnel. « Il y avait déjà longtemps, écrit un historien de l'Abbaye, le chanoine JUENIN *(Nouvelle histoire de l'abbaïe royale et collégiale de Saint-Filibert de Tournus.* Dijon, 1733. p. 301), que les moines bénédictins de Tournus ne tenaient plus à leur règle que par leurs vœux et un peu par leur habit, et quelques restes d'observances monastiques, lorsque Mathieu NATUREL, homme âgé et leur Grand Prieur depuis 40 ans, leur proposa en Chapitre, le 11 mars 1620, de se faire séculariser ». Les moines devenus séculiers seront affranchis de l'incapacité civile ; ils pourront avoir un patrimoine et recueillir une succession. Ils vivront d'une vie indépendante et prendront chacun leur part des revenus de l'abbaye.

gieuses, les entreprises de colonisation maintes fois aussi, ont eu pour fin ou pour effet des déplacements de propriété.

Les conséquences de ces expropriations ne sont pas toujours identiques. Tantôt la propriété corporative absorbée par une association plus puissante reste ce qu'elle est; tantôt par voie d'aliénations ou d'attributions, elle se transforme en propriété individuelle.

On n'a que l'embarras de choisir entre tant de faits historiques qui peuvent être invoqués à l'appui de ces propositions. Nous citerons seulement quelques-uns de ceux qui nous paraissent les plus significatifs, le procès des Templiers (1), les sécularisations au temps de la Réforme (2), la nationalisation des biens corporatifs et ecclésiastiques par la Révolution française.

(1) C'est un des cas les plus émouvants de confiscation déguisée, l'histoire-type de l'iniquité judiciaire. (V. la belle étude de M. Ch. V. LANGLOIS. *Rev. des Deux-Mondes* 1891, p. 384.)

(2) Tous les historiens nous parlent de ces mobiles intéressés des princes et des villes d'Allemagne, qui ont accepté la Réforme. Si l'on veut un exemple précis de ces espérances d'avantages séculiers, on peut les trouver dans la monographie de M. L. STOUFF, *Le pouvoir temporel et le régime municipal dans l'Evêché de Bâle*. On verra comment l'adoption de la Réforme par la commune de Bâle entraîne la disparition du pouvoir temporel de l'Evêque, t. 1, p. 235 et 242.

Ainsi la propriété corporative est un composé qui tend incessamment à se dissoudre. Elle ne peut se maintenir qu'en se préservant des usurpations des associés et de celles de l'État.

V

LE ROLE DES ASSOCIATIONS

ET LA

CONSTITUTION DE LA PROPRIÉTÉ CORPORATIVE

Quand on s'occupe de *propriété corporative*, la première difficulté est de la définir. On peut croire, avant d'y avoir réfléchi, qu'il s'agit d'une notion simple: elle est, en réalité, très complexe. Dirons-nous que tout ce qui appartient à un groupe, à une société, constitue un bien corporatif ? Considérerons-nous indifféremment comme propriétés corporatives les biens de l'État, des Départements, des Communes, des Communautés religieuses, des Sociétés de Mines, de Banque, d'Assurance, des Syndicats ouvriers, des Associations de prévoyance ou de Charité ? On aperçoit évidemment bien des distinctions nécessaires. Procédant par observation, on peut noter deux choses.

Entre la propriété individuelle et la propriété publique, il y a bien des degrés.

Les groupements constitués peuvent se classer d'après leur but.

Et d'abord, entre les deux types de propriétés, les frontières sont incertaines. Dans les sciences morales, comme dans les sciences de la nature, le passage d'une catégorie, d'une espèce à une autre a toujours quelque chose d'indécis. Dans la propriété la plus individualisée, il y a déjà un élément, une part de collectivité. La réserve, le régime de la dot, l'influence des mœurs font du propriétaire, en France particulièrement, l'administrateur d'un patrimoine commun. Dépositaire des biens qu'il a reçus de ses parents, il se considérera le plus souvent comme tenu de les conserver et de les transmettre à ses enfants. S'il les dissipe, et s'il se ruine, on aura le sentiment qu'il n'a pas rempli son devoir: la considération qu'on avait pour lui sera forcément diminuée En revanche, dans l'indivision et même dans la société de personnes (au sens juridique du mot), l'élément collectif est plus apparent que réel : il y a plutôt juxtaposition des personnes et des biens (1). Chacun ne pense qu'à soi: on se rapproche, on s'entr'aide, mais c'est pour gagner davantage. Le groupement n'est pas destiné à durer : chacun prendra sa part, périodiquement, dans les bénéfices, et, à un moment donné, dans la plus-value réalisée. L'élément individualiste est beaucoup moins marqué dans les sociétés par actions : on y retrouve sans doute le même but égoïste, la même visée de spéculation, mais la personne de l'associé tend à disparaître, sa personnalité et ses risques

(1) Conf. THALLER. *Droit Commercial,* 1re éd., p. 136.

s'émiettant en même temps que ses chances de gain ; il peut s'en aller quand il lui plaît, à la seule condition de trouver un cessionnaire, qui prend sa place. Il ne joue qu'un rôle insignifiant dans le fonctionnement de la société: celle-ci le masque et le domine; seule connue du public, elle est destinée à durer plus que lui. C'est ce qui permet aux socialistes de dire que l'actionnariat est une étape vers le collectivisme : il prépare et rend plus facile l'expropriation d'un associé qui a si bien réussi à se rendre inutile, et s'est en quelque sorte éliminé lui-même. Un nouveau progrès s'accomplit quand on passe de l'actionnariat à la propriété coopérative, telle que l'entend surtout l'École de M Gide. Pour elle, en effet, la coopération n'est pas une simple forme d'association commerciale permettant de mieux vivre, à meilleur marché, de constituer des réserves ou de distribuer des dividendes. C'est, avant tout, le moyen de réaliser une réforme sociale. L'association coopérative « doit servir à modifier le régime économique actuel, en faisant passer la possession des instruments de production, et avec elle la suprématie économique, des mains des producteurs qui la détiennent aujourd'hui aux mains des consommateurs (1). » On peut

(1) M. Ch. Gide, *La Coopération et ses transformations*, p. 21. Conf. dans l'*Emancipation* du 15 février 1901. Ed. Pictet et la *Coopération Suisse*, p. 20. Et dans la *Revue Politique et Parlementaire,* août 1901, l'art. de M. J. Bardoux sur le Mouvement coopératif en France, p. 253.

en dire autant des syndicats ouvriers, qui ont aussi un but idéal, celui de faire l'éducation et de développer par le groupement l'influence de la classe ouvrière. Nous arrivons ainsi, par une transition insensible, aux Œuvres qui sont constituées dans un but tout à fait désintéressé, fondations, œuvres de charité et de préservation sociale.

Nous sommes donc amenés à distinguer par leur but ces différentes associations, les unes poursuivant la satisfaction de l'intérêt personnel de leurs membres, les autres une fin plus élevée. La distinction correspond non pas entièrement, mais à peu près à celle des sociétés proprement dites et des associations (1). C'est seulement dans ce dernier cas, lorsqu'on se propose, non pas exclusivement, mais au moins principalement un but social, qu'on peut vraiment parler de propriété corporative. Elle n'existe qu'autant que les associés sont animés d'un esprit de sacrifice envers la société, acceptent de se priver, de se dévouer pour elle. Et c'est pourquoi, quand l'égoïsme comprimé reprend le dessus, la propriété corporative se désagrège et disparaît.

---

(1) « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité, *dans un but autre que de partager des bénéfices.* » Loi du 1er juillet 1901, art. 1er.

I

Deux grandes associations, l'Église et l'État, ont presque toujours en France étouffé toutes les autres. Elles ont été tour à tour alliées ou ennemies, et comme le remarque TAINE, il est, en vérité, difficile de dire si les associations libres ont plus souffert de leur union que de leur conflit. Sous l'ancien régime, où l'Église est l'alliée de l'État, elle a la direction morale de la société. Le culte, l'instruction, la charité, certains services publics sont assurés par elle. L'Église a son gouvernement, ses biens, sa juridiction: elle fournit à l'État une contribution qui n'est pas, au moins en apparence, un véritable impôt. Dans ces conditions, on ne conçoit ni la possibilité, ni la raison d'être des associations libres. Séculier ou régulier, le clergé prétend pourvoir à tous les besoins en vue desquels les associations se constituent dans les autres pays. Il ne faut pas croire cependant que les laïques vivent isolés: ils appartiennent à des corporations d'artisans, à de nombreuses confréries; mais ces confréries, ces corporations se sont constituées sous le patronage et la direction de l'Église.

La Révolution et le régime administratif créé par le premier Empire sont aussi défavorables à la liberté d'association. L'État prétend subordonner l'Église, l'exclut de certains services, celui de l'enseignement

par exemple, tend à la confiner dans le culte et les services hospitaliers.

La liberté n'y gagne rien. On n'en peut citer de preuve plus saisissante que la disparition progressive des institutions d'enseignement libre et laïque (1). Ces sortes d'établissements s'étaient multipliés rapidement pendant l'interrègne de la Révolution : la création de l'Université impériale leur porte un coup très rude, prenant en grande parti leurs professeurs et leurs élèves. Cependant, il y avait encore, en 1815 (2), 1,255 maisons particulières, réunissant 39,000 écoliers contre 41 petits séminaires avec 5,000 élèves et 404 lycées ou collèges comprenant 37,000 enfants. A la fin du siècle dernier, l'Enseignement secondaire comptait un nombre d'écoliers sensiblement égal dans les institutions ecclésiastiques et les institutions de l'État. Des 1,255 établissements privés existant en 1815, 825 subsistaient en 1854, 494 en 1876, 302 en 1887 avec 20,174 élèves. L'école Monge, l'école Alsacienne Sainte-Barbe, ont été successivement subventionnées ou achetées par l'État. C'est l'effet ordinaire de la concurrence, qui tend à se détruire elle-même et crée le monopole. Et pourtant, ces institutions privées, qui ont été éliminées, avaient un rôle utile à jouer. Les écoles libres, qui s'adaptent

(1) TAINE, *Régime moderne*, t. II, p. 251.

(2) TAINE, *loc. cit.*, p. 253 et 254.

à leur milieu, se diversifient (1), les autres, au contraire, se développent dans l'uniformité et par la centralisation. C'est ce qui fait la gravité d'une crise et la difficulté d'une réforme, lorsqu'on s'aperçoit, à un moment donné, qu'il y a, suivant l'expression même de TAINE, (2), «*disconvenance* croissante de l'éducation et de la vie. »

Mais les conséquences déplorables d'un pareil état de choses ont provoqué une réaction. Un mouvement très marqué depuis une douzaine d'années s'est produit en faveur de l'association. L'État, s'effrayant de la concurrence de l'Église et sentant l'impossibilité de réussir en tout et partout à se substituer à elle, cherche à favoriser les associations libres qui le déchargeront d'une partie de sa tâche. Non seulement ces associations doivent être des auxiliaires, mais il est permis d'espérer qu'elles joueront dans le pays un rôle de réconciliation. Elles offrent, en effet, à bien des gens qui s'ignorent et se méconnaissent une occasion de se rapprocher et de s'estimer réciproquement. Beaucoup de bons esprits croient que la plupart des œuvres de prévoyance, de préservation sociale ne peuvent aujourd'hui se développer sous la forme d'associations confessionnelles. L'exagération des congrégations religieuses était déjà signalée par

(1) TAINE, *loc. cit.*, p. 251. « Selon une loi bien connue elles auraient prospéré *en divergeant*, chacune en son sens et dans sa voie. »

(2) *Loc. cit.*, p. 295.

Le PLAY comme un danger pour la société et la religion elle-même (1). La nécessité de constituer des œuvres sans caractère confessionnel s'imposera de plus en plus (2) : on sera bien obligé de reconnaître que, pour lutter contre l'alcoolisme, le vagabondage, la mendicité, on ne peut se passer du concours de toutes les bonnes volontés, et qu'en s'inspirant de principes différents, on peut aisément et utilement coopérer à la même œuvre.

Il est difficile de déterminer *a priori* quel doit être le rôle des associations: ce rôle est essentiellement variable, puisque chaque groupement naît d'un besoin résultant des circonstances, de l'organisation

---

(1) «Les religieux ont fait grand tort aux peuples qui aspirent à la liberté civile et politique, en leur facilitant les moyens de ne pas faire leur devoir. Les Anglais, les Hollandais, les Suisses, les Allemands du Nord-Est, les Norvégiens et les Américains du Nord, qui concilient, mieux que les autres peuples, l'ordre public et la liberté civile, sont aussi ceux chez lesquels la société laïque réussit le mieux à réprimer les vices ou à réfuter les erreurs contraires à l'ordre moral. Ils placent leur principal moyen d'action dans l'initiative individuelle, mais ils trouvent de plus en plus un utile concours dans des corporations de laïques dévoués à la réforme». *La Réforme sociale en France*, t. III, ch. XLVI § 13, p. 45.

(2) La préoccupation de cette nécessité apparaît bien dans la curieuse enquête du *Sillon* sur les catholiques et les œuvres sociales. Nous signalons tout spécialement les belles et concordantes réponses de MM. Anatole Leroy-Beaulieu, *Sillon* du 10 août 1907, p. 96 ; Paul Bureau, 25 août, p. 137, et Raymond Saleilles, 10 septembre, p. 168.

économique, politique ou sociale. Ce qu'on peut dire, c'est que l'association s'adapte à toutes les formes et tous les emplois de l'activité humaine (1): elle permet d'améliorer la condition matérielle d'une classe particulière de personnes, de défendre et représenter les intérêts professionnels, de faire l'éducation de l'opinion, de combattre les erreurs ou les vices qui deviennent un danger social (alcoolisme, vagabondage, prostitution, abandon ou exploitation de l'enfance, cruauté envers les animaux). On doit signaler l'importance toute particulière des corporations vouées à l'étude des sciences, des lettres, des arts, soit qu'elles contribuent à leur progrès par le travail de leurs membres (entreprises collectives, publications académiques); soit qu'elles récompensent et mettent en lumière des travaux dignes d'être connus (2).

---

(1) Le Play, Le vrai rôle des corporations, p. 3 et sq. *Réforme sociale*, t. III.

(2) Il est permis de penser qu'à ce point de vue les sociétés librement ouvertes sont supérieures et préférables aux sociétés fermées, telles que les Académies officielles. Celles-ci, comme le remarquait Le Play, ont pu sans doute devenir un stimulant, exercer une grande et utile autorité, mais au prix d'inconvénients très graves. Elles développent l'esprit de privilège et de coterie, excitent beaucoup d'ambitions et, par contre-coup, beaucoup de rancunes et de récriminations, créent un antagonisme entre la génération qui lutte pour parvenir et celle dont l'ambition a déjà reçu satisfaction. (V. Le Play, Les inconvénients des Académies officielles, p. 28 et 29. *Réforme sociale, loc. cit.*)

En signalant les vertus de l'association, il faut d'ailleurs éviter de se faire illusion. Les associations valent en général mieux que la moyenne de ceux qui les composent, parce qu'ordinairement, ce sont les plus actifs, les plus dévoués qui s'intéressent à elles et les font vivre. Mais ce n'est pas toujours vrai. Beaucoup de sociétés sont exploitées par leurs fondateurs ou leurs chefs qui les mettent au service de leur vanité ou de leur intérêt. On doit aussi se défier de l'égoïsme corporatif aussi détestable et plus dangereux que l'égoïsme individuel. Les associés sont d'autant plus âpres à défendre les intérêts de l'Association, qu'ils sont plus disposés à se dévouer pour elle. De nombreuses associations emploient leur influence à lutter pour leur avantage propre, au détriment du bien public. Entre les forces corporatives se créent de puissantes coalitions; mais la somme de ces intérêts coalisés ne représente pas l'intérêt général, et l'on a bien des raisons de craindre que le régime de la représentation corporative, si l'on en fait jamais l'essai, ne donne que des déceptions.

II

Pour vivre et se développer, tout groupement a besoin de ressources autant que de liberté. La liberté sans propriété n'est presque qu'un vain mot. Si l'on veut être juste envers l'association, lui reconnaître

vraiment le droit à l'existence, il faut lui permettre d'acquérir, de posséder, lui donner le moyen de vivre. Au reste, si la propriété corporative peut être dangereuse, devenir une source d'abus, elle enseigne aussi la sagesse. L'expérience de l'association ouvrière en Angleterre a montré qu'elle est devenue plus conservatrice, plus consciente d'elle-même au fur et à mesure que ses réserves se sont accrues.

Il est très curieux de savoir comment se constitue le patrimoine d'une corporation, non seulement parce qu'on trouve dans l'histoire de cette constitution d'utiles renseignements sur la condition et la valeur des terres, sur les procédés juridiques employés, mais aussi parce qu'elle nous révèle les mobiles auxquels ont obéi ceux qui ont contribué à la création de ces patrimoines collectifs. La connaissance des mobiles d'action est un peu comme le secret que poursuivaient les anciens alchimistes. Celui qui la posséderait serait maître du monde.

Voyons donc comment les corporations d'autrefois et celles d'aujourd'hui se sont procuré leurs ressources.

Il n'y a pour le passé aucune corporation dont l'histoire patrimoniale soit mieux connue que celle de l'Église. Les administrateurs des établissements ecclésiastiques conservaient ou transcrivaient dans leurs cartulaires tous les actes intéressant leur patrimoine.

La source commune de leurs richesses, ce sont les libéralités. On a coutume d'observer que les libéralités royales ont contribué de préférence à constituer le temporel des évêchés, les libéralités privées les

abbayes. Les invasions barbares ont trouvé déjà les évêques en possession de domaines importants : elles les ont le plus souvent respectés; les Mérovingiens et les Carolingiens les ont accrus.

Créés par une donation royale, les patrimoines des évêchés comprennent ordinairement un territoire s'étendant d'un seul tenant autour de la ville épiscopale. Les abbayes, au contraire, ont reçu des libéralités multiples : aussi leurs domaines composés de pièces et morceaux détachés ont un aspect tout différent. Empruntons quelques exemples au cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon.

Les actes nous indiquent presque toujours les intentions du disposant. On peut, avec l'abbé Cucherat (1), distinguer trois catégories :

1° Beaucoup de donations sont présentées comme des restitutions destinées à réparer des spoliations commises par le disposant ou ses prédécesseurs. «J'ai entendu dire partout dans le Comté de Mâcon et je reconnais que plusieurs de mes prédécesseurs ont dissipé ou retenu injustement, en divers lieux, les biens de Saint-Vincent. Pour l'amour de Dieu, et en vue de la rémunération éternelle, je restitue une partie de ce qui est venu en mes mains par cette voie (2)».

2° Un second motif, qui se rapproche du précédent, c'est le désir d'expier ses péchés. Dans les actes de

(1) *Origine et emploi des biens ecclésiastiques au moyen âge.*

(2) Donation par Hugues de Bagé, *Cart. Saint-Vincent*, Ch. LXXII, p. 60. Ed. Ragut.

donation, on retrouve à chaque instant des formules comme celle-ci : *pro remedio animæ meæ, et antecessorum meorum* (1), *pro absolutione animarum nostrarum* (2), — *propter remedium animæ meæ* (3).

3° Le plus souvent le donateur agit par bonté et charité. Il donne pour essayer de se rendre agréable à Dieu, pour aider à secourir les pauvres. Au Xe siècle, l'attente de la fin du monde augmente sensiblement le nombre des donations (4). Enfin beaucoup sont dues à la pratique des recommandations. Des propriétaires de condition inférieure, pour se soustraire au danger d'insécurité, se placent sous la protection d'une puissante abbaye et lui font abandon de leurs biens. L'abbaye les leur donne ensuite à précaire, leur vie durant, parfois même les laisse à leurs héritiers dans les mêmes conditions.

Les libéralités privées et les subventions de l'État sont encore aujourd'hui l'origine de beaucoup de propriétés corporatives.

Les donateurs obéissent à des mobiles assez complexes, charité, amour-propre, sentiment d'un devoir

---

(1) Ch. XI, p. 10.

(2) Ch. XXI, p. 18.

(3) Ch. LXXIII, p. 61.

(4) *Notum habeatur omnibus hoc deciduo cosmo degentibus.* Char. CCCCIV, p. 232. M. Cucherat fait remarquer que la grande majorité des Chartes du *Cartulaire de Saint-Vincent* appartient au xe siècle. « Il y a dans notre Cartulaire 3 chartes du viiie siècle, 64 du ixe, 215 du xe, 119 du xie, 66 du xii. Le reste est sans date ». *Loc. cit.*, p. 25.

social. En général, dans toute association, c'est la minorité qui agit par devoir: la masse ordinairement a besoin de se faire illusion; elle se persuade, ou, plus exactement, on lui persuade que sa participation lui sera profitable, que sa cotisation ne sera qu'un bon placement (1).

---

(1) « Les sociétés, qui se proposent comme but principal l'amélioration morale de leurs membres, n'ont garde de négliger les avantages de toutes sortes qui peuvent les attirer ou les retenir dans leurs rangs. Une des plus puissantes est la *Young Men's Christian Association* (Association chrétienne des jeunes gens) ; presque partout aux États-Unis, elle compte des affiliés et, dans plusieurs villes, elle possède de superbes installations auxquelles les quatre initiales Y. M. C. A. servent d'enseigne.

Son double caractère moral et pratique se révèle bien dans ces deux réclames que je rencontrai un jour à Baltimore à quelques heures de distance : la première ne pouvait avoir d'action que sur des âmes très vertueuses et exemptes de respect humain... La seconde affiche donnait, au contraire, une large place à des considérations d'un ordre plus positif. Tout jeune homme de Baltimore, y était-il dit, devrait savoir ce que l'Association chrétienne des jeunes gens lui offre en échange d'une cotisation annuelle de 25 francs : 1° gymnase avec les appareils les plus perfectionnés et un professeur expérimenté ; 2° bains, douches en pluie et en jets, eau chaude ou froide ; 3° salons de jeux, salons de lecture. Réunion de jeunes gens de bonne compagnie. Dix soirées dramatiques avec les meilleurs artistes. Classes d'instruction pour tenue de livres, écriture, sténographie, machines à écrire, langue allemande, musique et dessin. Pour plus de renseignements, s'adresser à l'office de la Y. M. C. A. On peut s'inscrire à toute heure ». PAUL DE ROUZIERS, *La Vie Américaine*, p. 174 et 175.

Habituellement, les subventions administratives sont accordées pour subvenir à des charges renaissantes périodiques, non pour faciliter la constitution d'un patrimoine. On peut noter cependant l'attitude de l'État vis-à-vis des Universités : il les aide, non seulement à vivre, mais à se créer des réserves, en leur accordant des subventions et leur abandonnant la disposition de certaines perceptions, notamment les droits d'inscriptions.

Une statistique relativement récente (1) nous donne les renseignements suivants sur l'importance relative des libéralités faites en une année aux établissements publics et d'utilité publique. Le total de ces libéralités s'est élevé en 1905 à la somme de 46.892.000 francs, inférieur de plus de 15 millions au chiffre de 1904, supérieur de près de 8 millions au chiffre de 1902.

Ces 46.892.000 francs ce répartissent de la façon suivante.

1° État et Etablissements publics qui en dépendent . fr.	4.474.000 —	9,5 %
2° Communes :		
a. Libéralités avec affectation charitable. . . .	6.602.000 —	14,1 %
b. Libéralités diverses y compris celle aux caisses des Écoles.	4.976.000 —	10,6 %

(1) Fernand FAURE, Les libéralités aux Établissements publics ou d'utilité publique faites en France en 1905. *Rev. polit. et parlementaire*, décembre 1906, p. 566.

3° Assistance publique . . .	15.430.000 — 32,9 %
4° Sociétés de secours mutuels	602.000 — 1,3 %
5° Établissements d'utilité publique.	6.343.000 — 15,5 %
6° Établissements confessionnels catholiques	6.100.000 — 13 %
7° Établissements confessionnels israélites	2.348.000 — 5 %
8° Établissements confessionnels protestants	44.000 — 0,1 %

Cette statistique est très insuffisante, puisqu'elle nous donne seulement le montant des libéralités faites ouvertement ; mais toutes les libéralités dissimulées, notamment toutes celles destinées aux établissements dépourvus de personnalité échappent à ces évaluations. La plus grosse part des libéralités adressées aux Établissements publics qui dépendent de l'État, soit 1.502.000 fr. est faite à l'Institut ou aux Académies. Il est certain cependant qu'une réaction tend à se produire contre l'excès de ces fondations académiques. Les Universités ont recueilli au cours de ces dernières années quelques dons ou legs appréciables : mais dans l'ensemble, le nombre et l'importance des libéralités destinées à des Établissements d'enseignement reste encore bien modique. Et nous avons encore beaucoup à faire pour suivre l'exemple des États-Unis, même de très loin, en tenant compte de

la différence économique et de l'absence de réserve héréditaire (1).

En revanche, il convient de remarquer qu'un nombre croissant d'associations mettent leur intérêt et leur dignité à se passer de subventions ou libéralités: elles n'admettent plus de membres honoraires, répudient les contributions qui ne sont que des secours plus ou moins déguisés. L'expérience a prouvé, en effet, qu'une Association fait un meilleur emploi de ses ressources lorsqu'elle les doit à ses économies ou au dévouement de ses membres, que lorsqu'elles proviennent d'une libéralité (2). On ne

---

(1). « Il ne s'agit pas de comparer ce qui se passe en France à ce qui se passe aux États-Unis par exemple, et de regretter que la générosité de nos concitoyens favorisés par la fortune n'égale pas celle des milliardaires américains. Les États-Unis possèdent beaucoup plus de grosses fortunes que nous et ces grosses fortunes, presque toutes de date récente et souvent très rapidement acquises, se prêtent plus largement à la pratique des larges et parfois colossales libéralités que nos fortunes françaises, fruit de l'épargne patiente et du labeur prolongé.

Mais n'a-t-on pas le droit de trouver que les 50 ou 60 millions de libéralités, qui s'adressent chez nous, bon an mal an, aux établissements publics et d'utilité publique, font vraiment maigre figure, si on les rapproche de la somme formidable de 6.500.000.000 à 7 milliards, qui représente la somme totale annuelle des transmissions à titre gratuit, soit entre vifs, soit par décès? » Ferdinand FAURE, *loc. cit.*, p. 571.

(2) « L'argent donné, surtout quand il est donné par l'État, se gaspille le mieux du monde. » GIDE, *Principes d'Economie Politique*, 5e édit., p. 431.

manque pas de citer l'exemple des sociétés coopératives de production, auxquelles l'État avait avancé 3 millions en 1848, et qui presque toutes ont échoué.

Aujourd'hui les partisans de la coopération ont un autre programme. Au lieu de réclamer, comme Lassalle, l'intervention de l'État, ou d'attendre, comme Fourier l'a fait toute sa vie, l'intervention d'un généreux philanthrope, ils conseillent aux sociétés de consommation de constituer elles-mêmes les sociétés de production, à l'aide de prélèvements opérés sur leurs bénéfices (1). La coopérative de consommation se donnera pour but de produire tout ce qu'elle livre à ses membres ; elle développera la production industrielle d'abord, agricole ensuite. Elle aura de cette façon des débouchés assurés, profitera de son expérience, et utilisera d'autant mieux ses capitaux qu'elle en connaîtra le prix, les ayant péniblement acquis.

III

L'intérêt du propriétaire assure la conservation de la propriété individuelle, mais s'il est vrai que la propriété corporative n'est pas constituée dans l'intérêt des associés, sa conservation ne sera-t-elle pas forcément compromise? Le principe hedonistique ici fera défaut : pour ceux qui le considèrent comme le seul mobile d'action, ou tout au moins comme un mobile indispensable, la propriété corporative est

(1) Gide, *La coopération et ses transformations*, p. 10.

condamnée d'avance ; elle ne peut pas durer ; elle n'a plus en elle aucun germe de vie.

Il suffit de savoir comment elle se crée pour ne pas refuser de reconnaître qu'elle est viable. Il est certain que le dévouement à une œuvre commune suffira dans bien des cas pour assurer, autant que pourrait le faire l'intérêt personnel, la conservation de la propriété corporative.

Il faut pourtant faire des réserves. Et d'abord, ce dévouement, cet esprit de sacrifice, qui se trouvent à l'origine des grandes associations, s'épuisent d'ordinaire, après un temps plus ou moins long. La première génération est héroïque ; la seconde est déjà plus apaisée ; les autres se contentent le plus souvent de bénéficier d'une situation toute faite. C'est un fait d'expérience que l'associé s'attache à la société en raison de ce qu'il lui donne : son égoïsme s'accroît en raison de ce qu'il reçoit. En second lieu, bon nombre d'associations ne peuvent se passer d'un personnel d'employés, d'administrateurs salariés. Sans doute, quant les membres sont très zélés, ou que l'administration des affaires sociales n'exige qu'un faible effort ou qu'un effort intermittent, la bonne volonté suffit à tout. Mais, dès que l'œuvre grandit, l'administration se complique, la ferveur des nouveaux adhérents s'attiédit. Une organisation nouvelle apparaît comme indispensable : on recherche, ou on accepte le concours d'étrangers, ou d'associés employés comme fonctionnaires ; on leur donne une rémunération. C'est comme un élément parasite, qui

s'attache à l'Association, tend à s'accroître et se développe à ses dépens.

Que pourra-t-on faire pour se préserver de ce danger, rappeler la société au respect de ses statuts, la protéger contre ses serviteurs et ses gardiens ?

Le plus souvent l'État interviendra, établira un régime de tutelle, de surveillance plus ou moins rigoureuse. Mais surtout, on aura recours à des modes spéciaux d'administration.

Ce qui caractérise ces modes d'administration, c'est qu'ils tendent essentiellement à diminuer les risques, à suppléer à l'absence d'initiative ou d'attention intelligente des représentants de la propriété.

Ainsi, pour les immeubles, le mode le plus naturel d'exploitation, le faire-valoir devient à peu près impossible si le propriétaire est une association. Sans doute, on pourrait citer certaines corporations religieuses, celle des Trappistes notamment, qui se sont vouées à des entreprises industrielles ou agricoles, qui travaillent elles-mêmes à défricher le sol, exploiter les forêts et les mines, créer de nouvelles industries. Mais, dans nos pays tout au moins, elles deviennent de plus en plus rares : leur rôle paraît fini. Dans un pays neuf, le premier effort, la première œuvre de la civilisation, c'est la mise en valeur du sol. Et c'est une œuvre singulièrement pénible et dangereuse, vraiment d'intérêt commun, de nature à tenter une association et qui parfois ne peut être faite que par elle. La première génération est presque sacrifiée ; la terre se referme sur elle ; le défrichement et l'assai-

nissement du sol, comme toutes les grandes entreprises, consomment un certain nombre d'hommes. Mais lorsque la culture n'est plus qu'une profession comme une autre, elle ne peut plus servir de but et d'objet à une association : la propriété foncière et l'industrie ne sont plus pour elle que des placements. Beaucoup d'associations aujourd'hui possédent des immeubles ou exploitent des industries : mais elles ne font pas valoir ou n'exploitent pas elles-mêmes.

Le fermage paraît répondre mieux aux exigences de leur situation. Mais dans son mode ordinaire, comme le font remarquer les économistes, il laisse encore au propriétaire une tâche importante à remplir. Il faut qu'il choisisse et surveille le fermier, qu'il accorde, au besoin, des délais, supporte certains risques, s'assure qu'une exploitation abusive ne ruine pas le domaine, facilite les améliorations en faisant des avances, en partageant les charges. Souvent, et même presque toujours, c'est plus qu'on ne peut demander à la propriété corporative.

Ce n'est pas là d'ailleurs une infériorité qui lui soit propre. Il y a d'autres propriétaires qui négligent leurs devoirs, se dérobent à leur rôle, ou sont incapables de le remplir. L'absentéisme et la propriété corporative offrent des traits communs. Entre le propriétaire absent et le propriétaire abstrait, il n'y a pas différence sensible. Dans les deux cas, les mêmes causes produiront les mêmes résultats.

On aura recours à des intermédiaires, on cherchera la sécurité dans le bail à long terme.

L'intermédiaire, régisseur, intendant ou fermier principal, vit à la fois aux dépens du propriétaire et du cultivateur, les excite l'un contre l'autre, et souvent aboutit à les ruiner tous deux. Et quand le propriétaire disparaît, c'est lui qui prend sa place.

Le bail à long terme ne donne aussi dans bien des cas qu'une sécurité trompeuse à celui qui l'emploie. L'histoire démontre qu'il s'est fréquemment terminé par l'expropriation du propriétaire (1). Une tenure perpétuelle tend à devenir normalement un véritable droit de propriété ; un propriétaire, qui se borne à réclamer son fermage comme un impôt, se rend inutile et laisse prescrire son titre.

Il n'est pas exact, cependant, qu'à tous égards l'association soit dans la même situation qu'un propriétaire absentéiste. Le temps, qui la menace en un sens, travaille aussi pour elle. Elle ne meurt pas, son bien ne se divise pas; elle peut utiliser toute la puissance de l'accumulation et de l'épargne. M. P. LEROY-BEAULIEU a fait remarquer que prolongée pendant la durée moyenne d'une vie humaine, l'épargne permet une dépense totale supérieure à celle que pourrait faire une personne ayant les mêmes revenus, et les dépensant intégralement (2). Qu'est-

---

(1) GARSONNET. *Histoire des locations perpétuelles*, p. 6.

(2) On prend comme exemple deux hommes ayant, à 20 ans, chacun 10.000 fr. de rentes. L'un dépense tout son revenu, l'autre en épargne la moitié. Au bout de vingt ans, le deuxième aura doublé sa fortune et son revenu et pourra, en épargnant

ce à dire lorsque le capital épargné n'est pas diminué par des partages et que l'épargne peut se prolonger pendant une longue série d'années ? On peut citer le cas de la fondation PEABODY : elle comprenait à l'origine 12,500,000 francs destinés à la construction d'habitations à bon marché ; après prélèvement nécessaire pour les dépenses d'entretien, l'excédent des revenus doit être employé à la construction de nouvelles maisons. On a calculé que lorsque l'œuvre célèbrera son premier centenaire, elle pourra posséder 2 milliards et loger 500,000 personnes.

La possibilité d'introduire cette prévoyance à longue échéance dans l'administration de ses biens, compense bien des infériorités et constitue un avantage précieux pour la propriété corporative. Pour la propriété individuelle, la spéculation à long terme ne peut guère excéder la durée moyenne de la vie, il est déjà difficile d'obtenir que l'homme s'impose des sacrifices dont ses héritiers immédiats seront seuls à profiter. L'assurance en cas de décès représente à peu près le *maximum* de prévoyance et de désintéressement que l'on puisse espérer. La propriété corporative, au contraire, peut accepter des sacrifices en

---

la moitié, dépenser autant que le premier. Vingt ans plus tard, l'inégalité de fortune se sera accrue dans un rapport de 1 à 4. Que ces deux hommes vivent tous deux jusqu'à 80 ans, la différence sera énorme entre la fortune de l'un et celle de l'autre. Celui qui aura le plus épargné aura le plus dépensé. LEROY-BEAULIEU, *Traité d'économie politique*, t. Ier, p. 222.

vue d'un avenir très lointain. Dans toutes les législations elle trouve des institutions adaptées à cette condition, par exemple, l'emphytéose. Le bailleur livre des terrains en friche ou des terrains nus ; le preneur paie une redevance, mais doit rendre au bout d'un très long terme des terrains cultivés ou bâtis (1).

Il est bien rare d'ailleurs que les associations limitent leur ambition à l'accroissement de leur patrimoine ; elles veulent accroître aussi leur influence. L'histoire démontre que toutes les corporations ont plus ou moins envisagé ce but : par des concessions de terres, de larges distributions d'aumônes, des secours à des particuliers ou des associations moins riches, elles se sont procuré, suivant les temps, des clients, des alliés, des soldats (2).

Nous n'avons pas la prétention de tirer de ces quelques aperçus sur la propriété corporative des conclusions qu'ils ne comportent pas.

---

(1) La propriété corporative mobilière suggérerait des observations à peu près semblables. Elle est inférieure en un certain sens à la propriété mobilière des particuliers ; les risques et l'initiative lui sont interdits ; elle a surtout besoin de sécurité. En revanche, elle peut utiliser, comme l'ont fait les Compagnies d'Assurances, des combinaisons à termes éloignés. La prime de remboursement, chance négligeable pour un individu, devient un avantage beaucoup plus sensible pour une association.

(2) On pourrait citer beaucoup d'exemples de ce patronage que la propriété corporative a presque toujours exercé. (Voir notamment CUCHERAT, *loc. cit.*, p. 46 ; JANSSEN, l'*Allemagne et la Réforme*, t. I, p. 572, n. 2.)

Mais au lendemain d'une loi qui reconnaît une liberté nouvelle, on se demande malgré soi : Que devons-nous craindre ou espérer d'elle ? Nous avons fait déjà bien des expériences douloureuses. Ce n'est pas sans doute une raison de se décourager, mais c'en est une de comprendre que nous avons des dangers à éviter et des devoirs à remplir. La propriété corporative a un rôle important à jouer ; elle pourvoit à des besoins sociaux sans recourir au budget, fait une place à l'esprit d'initiative, limite les pouvoirs de l'État. Mais elle peut être aisément détournée de son but, et devenir une source d'abus.

Il y a là, comme toujours, une conciliation à chercher, une mesure à garder. L'État doit apprendre à respecter la propriété corporative, mais, à son tour, l'Association doit accepter et respecter l'État.

VI

L'ARMÉE ET LA DÉMOCRATIE (1)

Y a-t-il vraiment une opposition entre l'armée et la démocratie parlementaire ? Et cette opposition est-elle irréductible ! Ne peut-elle cesser que par la suppression de l'armée ou celle du parlementarisme ?

Je me souviens de l'impression douloureuse que j'éprouvai lorsque, il y a huit ou neuf ans, j'eus, pour la première fois, conscience que cette question, d'où dépendait notre avenir, se posait pour nous comme une énigme. Je me trouvais chez un de mes collègues, en même temps qu'un jeune professeur étranger qui était venu passer l'hiver à Montpellier. On parlait du boulangisme : la crise paraissait terminée. Nous sentions bien qu'elle avait été grave, qu'à un moment donné le résultat avait pu paraître incertain. Comment n'être pas frappé de cet ébranlement de l'opinion — de cette traînée de popularité dans les campagnes et dans les villes au profit d'un dictateur improvisé — de l'attitude singulièrement inquiétante

(1) Extrait de la *Revue politique et parlementaire* (septembre 1900).

d'une partie des républicains qui semblaient hésiter sur leur devoir, se réfugiaient dans l'équivoque et les compromissions et ne se ralliaient finalement au drapeau qu'à l'heure où la victoire paraissait vraiment décidée. Malgré ces symptômes inquiétants, la rapidité avec laquelle le dénouement s'était précipité, cet orage dissipé tout à coup, le calme et l'éclat de l'Exposition contribuaient à nous faire illusion.

Notre hôte, écho d'une opinion plus autorisée que la sienne, voyait au contraire dans cette crise un menaçant avertissement. « Il n'y a pas à douter, nous disait-il. Si la troisième république succombe en France, comme la seconde et comme la première, elle périra par l'armée. Vous vous méprenez quand vous croyez n'avoir pas d'autre adversaire que l'Église: il se peut qu'elle ne vous aime pas, et qu'elle enterre la République avec plaisir, accompagnant d'un *de profundis* le bruit de la dernière pelletée de terre, mais elle ne lui portera pas le coup qui la tuera. L'histoire prouve, en effet qu'elle a toujours su sacrifier ses préférences à la nécessité d'accepter les pouvoirs nouveaux. Voyez-là depuis Constantin, engagée dans l'empire romain, devenue comme un des pouvoirs de l'État; elle s'éloigne de lui, quand il s'écroule, les évêques vont au devant des barbares et trouvent le moyen de les apprivoiser. Enrichie par les larges dotations des Carolingiens, l'Église survit au démembrement de leur Empire. On la retrouve associée au régime féodal, constituant elle-même une sorte de féodalité. C'est peut-être là le plus grand danger qu'elle ait couru, celui de s'ab-

sorber dans cette féodalité, de se corrompre et de périr avec elle. Mais elle s'en dégage et devient l'alliée toute puissante de la Royauté ! Elle possède, en même temps que la direction morale de la société une sorte d'autonomie; elle a ses biens, son gouvernement, sa juridiction, et contribue aux charges de l'État par un don à demi-volontaire, qui n'est pas un véritable impôt. Il est vrai qu'elle a payé chèrement le prix de cette alliance : quand le régime a sombré, elle disparut dans la même tourmente et se retrouva au bout de quelques années dépouillée de ses biens et de son autorité. Elle emploie dans de vaines tentatives de restauration presque un siècle d'efforts Ceux qui président à ses destinées finissent par comprendre que le passé ne revivra plus, et qu'elle ne peut pas se compromettre indéfiniment avec des partis sans avenir. Le mouvement qui caractérisera le pontificat de Léon XIII, c'est essentiellement celui qui tend à rattacher l'Église à la démocratie. Sans doute une pareille transformation ne s'opère pas en peu de temps; ce qui la rend plus malaisée et contribue à nous tromper, c'est qu'en France les chefs de l'Église se recrutent dans ces anciens partis avec lesquels il faut rompre, et qu'elle tire d'eux une part de ses ressources. Mais songez aux États-Unis, où le catholicisme est plus vivant qu'ailleurs et n'excite contre lui aucune hostilité marquée ? Pourquoi ? parce qu'il accepte l'égalité, le *fair play*, parce qu'il a eu la sagesse de préférer la liberté à ses rêves d'universelle domination.

» Mais où trouverez-vous dans le monde une démocratie qui réussisse à vivre avec une grande armée? Elles s'excluent et se détruisent l'une et l'autre. Si la démocratie triomphe, le régime militaire disparaît; l'armée n'a plus ni discipline, ni cohésion, ni hiérarchie; on lui refuse les sacrifices de temps et d'obéissance nécessaires pour former de vrais soldats. Si l'esprit militaire et la nécessité d'assurer la défense du pays l'emportent sur la passion de l'égalité, on n'a plus que mépris pour ce gouvernement de discussions et d'élections ; vienne une occasion de conflit, et le régime représentatif succombe. On peut laisser alors au gouvernement un nom qui fasse illusion : mais la République n'est plus qu'un vain mot, un mensonge. »

Toutes ces réflexions, auxquelles nous essayions de répondre, me sont revenues tristement à l'esprit bien des fois, dès le début de l'affaire Dreyfus. Il était impossible de s'y tromper. C'était bien un conflit singulièrement grave entre la République et l'armée.

On disait d'un côté: que nous importe que cet homme ait été irrégulièrement, même injustement condamné ? Nous ne le savons pas, nous ne devons pas essayer de le savoir. Le maintien de toute une organisation, qui est la condition de notre salut, veut qu'il soit tenu pour coupable. On ne peut reviser son procès sans accuser ses chefs, incriminer leur loyauté ou leur intelligence, ruiner la confiance que leurs hommes doivent avoir en eux. Qu'est-ce qu'une

vie, lorsqu'il s'agit de sauvegarder la sécurité de tout un peuple. Puisqu'on ordonne au soldat de se faire tuer, n'a-t-on pas le droit de lui prendre, s'il le faut, sa liberté et son honneur ?

Et nous répondions que c'était là précisément le seul sacrifice que nous ne pouvions pas, que nous ne devions pas faire. Nous ne voulons rien refuser de ce qui est nécessaire pour assurer la défense du pays, mais nous ne pouvons pas sacrifier à l'armée la justice et la loi. Le jour où l'on n'y croira plus, il n'y aura plus de patrie. Le droit d'un million d'hommes ne paraîtra pas plus respectable que celui d'un seul. Quand on est prêt à donner sa vie pour son pays, c'est qu'on croit qu'il y a en nous quelque chose qui vaut plus que la vie : c'est le sentiment de notre droit.

Il y a donc eu, à un moment donné, et il y a encore aujourd'hui opposition entre deux conceptions sociales, entre deux façons de concevoir le devoir, l'honneur et le patriotisme. Quelle est la cause de cette opposition ? D'où provient-elle ? Peut-on la faire cesser ?

I

La première cause n'est-elle pas dans une divergence de principes ? La démocratie est fondée sur un principe d'autorité. Ce qui caractérise essentiellement un régime démocratique, c'est la partici-

pation au gouvernement de tous les citoyens : le pouvoir est exercé par voie de délégation, l'administrateur désigné par l'administré. L'organisation sociale a pour but de sauvegarder le droit individuel : l'individu est une fin en soi. L'armée, au contraire, est constituée par l'unité du commandement, il faut, pour qu'elle puisse être utilisée comme instrument de défense, que chaque régiment, chaque compagnie, chaque homme soit comme un rouage conditionné, actionné par un autre. L'individu n'est qu'un élément de cet organisme : la partie est ici essentiellement subordonnée au tout. Nous sommes bien loin de méconnaître ce qu'il peut y avoir de grandeur dans cette abdication voulue de la personnalité, dans cet abandon et ce sacrifice de soi-même. Mais c'est précisément cet acte de volonté libre qui est le plus souvent impossible à obtenir. Prenez, pour en faire un soldat, un individu habitué à disposer de lui, à agir à sa guise, à vivre dans une société passionnée d'égalité : si la discipline s'impose à lui par contrainte, si l'on brise sa volonté, on provoque une réaction, qui risque, dans certains cas, de faire de lui un réfractaire. Tout au moins, on ne peut éviter de constater que l'armée et la démocratie n'ont pas le même idéal, ne regardent pas le même côté du ciel, avancent dans des sens différents. La démocratie supporte impatiemment cette organisation qui lui impose de si lourdes obligations, dont elle ne sait si c'est pour elle une protection ou une menace. L'armée, de son côté, ne peut ni comprendre, ni estimer

ce régime électif, qui lui semble une anarchie tumultueuse ; elle n'a que dédain pour tous ces gens qui se querellent, se contredisent, parlent et discutent au lieu d'agir.

La politique suivie par la République depuis vingt ans à l'égard de l'armée, loin d'atténuer cette opposition, n'a pu que l'aggraver. A coup sûr, cette politique a été généreuse : aucun régime n'a fait autant ni plus facilement de grands sacrifices pour l'armée. Mais elle a été en même temps singulièrement imprévoyante, imprévoyante par faiblesse et par excès d'habileté. Sait-on jamais toutes les fautes et tout le mal qu'on commet, en voulant être habile ? C'est le sûr moyen de n'inspirer confiance à personne, de sortir d'un embarras par un expédient qui ne résout rien, de préparer les grosses difficultés en voulant éviter les petites.

On sentait qu'il pouvait y avoir un danger à un moment donné dans la détermination des rapports de la République et de l'armée. Aussi, pour le prévenir, on cherche à rendre ces rapports aussi rares que possible. Pas de contestations, pas d'affaires, c'est le mot d'ordre général dans les Chambres, les ministères, les administrations. L'armée tend à devenir ainsi, de plus en plus, une sorte de société n'ayant presque aucun contact avec la société civile, se recrutant, s'administrant, se contrôlant, et se jugeant elle-même.

Le recrutement du corps des officiers s'exerce par une sorte de cooptation. Les militaires nomment les

militaires : les officiers généraux sont réunis pour dresser le tableau d'avancement. Et les abus et échanges d'influence, conséquences habituelles du système de la cooptation, ne manquent pas de se produire. On peut parler de ce système d'autant plus librement, qu'il était déjà condamné par beaucoup de ceux qui l'avaient vu fonctionner et n'avaient plus rien à désirer pour eux-mêmes. Le général du Barail signale énergiquement, dans ses *Souvenirs*, l'action dissolvante de ces comités d'avancement, les intrigues de toutes sortes, les sollicitations auprès des généraux, le succès de ceux qui ont approché les grands chefs, le discrédit de ceux que nul ne recommande et qui font silencieusement leur devoir, enfin, et surtout, l'incompétence de ceux qui disposent de l'avancement : sur vingt généraux, un seul souvent connaît l'officier dont le sort est en suspens. Tous les choix, qui se font en commun, sont ainsi : c'est l'absence de responsabilité et le hasard des impressions.

Les résultats d'un pareil système deviennent bientôt visibles. L'avancement, pour une très grande part, est réservé à ceux qui ont le plus de relations et sont le mieux recommandés C'est une prime accordée à la noblesse et à la riche bourgeoisie, très nombreuses dans l'armée, où se réfugient beaucoup de ceux que la politique écarte des fonctions publiques. C'est une prime également aux établissements ecclésiastiques, qui conservent une sorte de patronage sur leurs anciens élèves et les aident de leur influence. Ainsi la puissance d'opposition aux idées et au régime

actuel s'est accrue par son succès même. Un article publié par le *Temps* notait que la proportion des officiers portant une marque indicative de noblesse s'élevait avec le grade, de 11,8 pour 100 pour les lieutenants, à plus de 30 pour les généraux.

L'armée, non seulement se recrute, mais s'administre et se contrôle elle-même. Contrôleurs, intendants, employés du ministère de la guerre, tous lui appartiennent ou tendent à lui appartenir exclusivement. On peut, à cet égard, noter tout le terrain perdu. Sous le second Empire, la plupart des employés du ministère de la Guerre étaient des employés civils : le nombre de ceux-ci et l'importance de leurs fonctions sont allés toujours en décroissant. Sous le premier Empire, qui paraîtrait devoir être le régime idéal de l'armée, le contrôle en matière de finances, fournitures, approvisionnements était exclusivement réservé à des autorités civiles Il faut lire dans les *Souvenirs* du duc de Broglie le récit de son séjour comme intendant et commissaire aux guerres en Italie et en Autriche. Envoyé là à 24 ans en qualité d'auditeur au Conseil d'État, il a pour mission de surveiller la gestion financière d'un commandant de corps d'armée (1) : aucune réquisition ne peut être

(1) « L'Empereur aimait mieux employer dans les intendances d'armée des jeunes gens que des hommes faits. Il les trouvait plus actifs, plus entreprenants, plus ardents à s'opposer aux dilapidations des commissions de guerre, plus résolus à protéger les habitants contre les exigences des géné-

effectuée, aucune dépense engagée sans qu'il y ait consenti. Représentons-nous une pareille prétention d'un fonctionnaire actuel, je ne dis pas d'un auditeur ou d'un conseiller de préfecture, mais d'un préfet ou d'un inspecteur des Finances, et demandons-nous comment elle serait accueillie.

Pendant longtemps, le parti républicain a considéré comme une garantie suffisante la présence d'un ministre civil à la Guerre et à la Marine. Ici encore, l'habileté de ceux qui nous ont servis a tourné contre nous. Sentant profondément la difficulté de leur situation, ils ont eu surtout pour but de se concilier les généraux. Et plusieurs, — l'un deux tout particulièrement, — n'y ont que trop bien réussi. Le ministre civil devenait l'avocat du Ministère auprès du Parlement, l'inutile président des Comités dont il enregistrait les décisions. Il ressemblait à ces gouverneurs de provinces que l'ancienne monarchie laissait subsister auprès des intendants. Comme eux, ils n'ont plus que l'apparence et l'ombre du pouvoir: la réalité leur échappe.

Enfin, par une exception unique en France, la marine et l'armée échappent à l'application du droit commun, en matière judiciaire. Elles ont leurs codes, leurs prisons, leurs magistrats, leurs tribunaux, tout ce

---

raux et des officiers ; il les excitait lui-même à la résistance, et dans les conflits, qui naissaient du zèle des auditeurs et des besoins de l'armée, en général c'était aux auditeurs qu'il donnait raison. » *Souvenirs du feu duc de Broglie*, t. I, p. 76.

qui reste des privilèges de juridiction qu'a connus l'ancien régime, et que la Révolution a supprimés. A un moment donné, la juridiction militaire faillit disparaître à son tour. Une loi de l'an II soumettait les militaires à la compétence des tribunaux correctionnels et criminels jugeant avec un jury ; mais les conseils militaires furent rétablis l'année d'après. Ce qu'a pu devenir cette juridiction d'exception, nous le savons d'hier : nous l'avons appris par une expérience effroyable.

Aux deux causes, que je viens d'indiquer, s'en ajoute une autre plus difficilement saisissable, mais qui n'en a pas moins eu, à mon sens, une très grande influence sur le mécontentement de l'armée. C'est la prolongation de la paix, rude épreuve pour une armée. Créée pour la lutte, elle s'énerve et s'aigrit dans la paix : elle perd en grande partie les vraies qualités militaires, celles qui ne se développent que par l'action : la vaillance, l'endurance, l'esprit de dévouement, l'émotion de l'homme qui joue sa vie et qui, prêt à la sacrifier, sent plus vivement la joie de vivre. L'armée devient, à la longue, une sorte d'administration semblable aux autres, différant seulement par le costume, d'autant plus ombrageuse et susceptible qu'elle souffre de son inaction. Il n'y a plus à espérer de grandes carrières militaires : il faut marquer le pas, avancer de plus en plus lentement. On doit s'estimer satisfait d'être lieutenant à l'âge de certains des généraux de la Révolution : on est capitaine pendant presque toute sa carrière, en moyenne

de 30 à 49 ans. L'accès des hauts grades, qu'on ne fait guère que traverser, dépend d'une sorte de hasard: l'âge, les recommandations, les circonstances établissent une sélection entre des officiers qui ont la même origine, les mêmes états de service, souvent, à très peu près, le même mérite, et qui n'ont pas eu de vraies occasions de se distinguer. La difficulté, dans ces conditions, surexcite l'ambition des uns, qui n'ont qu'une pensée, arriver à tout prix et par tous les moyens: elle lasse la patience des autres, qui vivent dans la triste attente de la retraite et se tiennent pour sacrifiés. On ne souffre pas seulement de l'inégalité d'avancement: il y a aussi une très sensible inégalité de condition sociale. On trouve dans l'armée des conditions extrêmes, la grande fortune et la médiocrité, cette gêne dissimulée, si souvent supportée avec tant de courage et plus dure que la pauvreté. Les grades inférieurs sont trop peu, trop mal rétribués, et leur nombre est si grand que l'on conçoit à peine la possibilité de réaliser, dans l'état actuel du budget, une amélioration pourtant si justifiée.

Tous ces griefs, gros et petits, s'accumulent et finissent par produire à la longue un très profond mécontentement. L'exemple de tous les temps atteste que, dans des cas semblables, ceux qui auront à se plaindre, s'en prendront toujours à quelqu'un. C'est donc au régime qu'on s'en prend: on accuse sa politique, son impuissance ou son hostilité. Ai-je besoin de rappeler avec quelle perfidie ces récrimi-

nations ont été exploitées par les partis d'opposition : ceux-là se sont faits les adulateurs de l'armée, lui répétant qu'on l'outrageait quand on réclamait la justice, revendiquant pour eux le monopole du patriotisme, et donnant comme gage de ce patriotisme un continuel appel au coup d'état et à la guerre civile.

II

Divergence de principes, politique suivie à l'égard de l'armée, prolongation de la paix, voilà donc les vraies causes de l'opposition qui s'est produite. Elles ont agi silencieusement ; l'affaire Dreyfus, en provoquant la crise, n'a fait que rendre évident un danger qu'on pouvait prévoir. Ce danger est sensiblement moins grave qu'il ne l'a été à un moment donné ; mais il n'a pas disparu et ne peut pas disparaître tant que les causes subsistent ; c'est pure folie de vouloir le nier. Sans s'effrayer, ni chercher à se faire illusion, il faut se demander quelle doit être en pareille circonstance l'attitude de la démocratie.

Et d'abord ce qu'elle ne fera pas, c'est ce qu'un seul gouvernement a osé faire en France : briser l'armée, l'armée la plus glorieuse que nous ayons jamais connue, celle de la Révolution et du Premier Empire. Le parti qui réclame l'héritage de ce gouvernement est le même qui crie aujourd'hui : « Vive l'Armée ». On lui a souvent reproché de n'avoir rien appris ni rien oublié. Il oublie pourtant quelquefois, puisqu'il

a peine à croire, quand nous le lui rappelons, que la Restauration, effrayée de l'hostilité de l'armée, l'a licenciée, a mis d'un seul coup 12,000 officiers en demi-solde et 10,000 à la retraite. Il faut relire dans les mémoires du temps l'histoire de l'exécution de cette mesure, pour savoir comment la Royauté traitait l'armée, avec quelle violence, quelle injustice et quel dédain on parlait des vieux soldats, héros de cette grande épopée. Le chancelier Pasquier raconte que les officiers étrangers, en présence desquels on ne craignait pas de s'exprimer avec tant de haineuse passion, en étaient eux-mêmes indignés (1).

La République ne commettra jamais contre l'hon-

---

(1) « Les étrangers eux-mêmes finirent par en être révoltés. Voici un fait, dont je suis certain. Il y avait au Pavillon Marsan un grand dîner donné par le capitaine des gardes de Monsieur, où se trouvaient beaucoup d'officiers étrangers, notamment plusieurs Russes; c'est au moment le plus émouvant du procès du maréchal Ney. Des propos infiniment durs pour lui s'étant à plusieurs reprises échappés de la bouche de quelques convives français, les officiers ne purent contenir leur indignation; l'un d'eux, un Russe, dit en s'adressant à celui qui s'était signalé par sa violence : « Je ne sais pas, Monsieur, où vous étiez en 1812; mais je réponds bien que vous ne faisiez pas partie de l'armée française en Russie, car vous ne parleriez pas ainsi de l'homme le plus prodigieux de cette armée, de celui dont le courage héroïque seul a sauvé les débris, à qui quarante mille de vos plus braves soldats ont peut-être dû la vie : il a conquis alors au plus haut degré l'estime et l'admiration des ennemis qui le combattaient ». *Mémoires du chancelier Pasquier*, t. IV, p. 43.

neur et la sauvegarde du pays un pareil attentat : J'ai déjà dit qu'aucun autre régime n'avait fait, au même degré qu'elle et de meilleur cœur, tant de sacrifices pour assurer la défense nationale. Loin de s'attaquer à l'armée et de vouloir la détruire, elle ne forme pas d'autre vœu que celui de rendre plus intime l'union qui doit exister entre elle et la nation.

Tout n'est pas irréductible dans la divergence que nous avons signalée entre le régime militaire et la démocratie. Cette divergence tient en grande partie à ce que notre régime militaire n'est pas encore adapté à notre organisation sociale. L'armée n'est pas en effet quelque chose d'immuable. On sait que chaque régime tend à se faire une armée en rapport avec ses mœurs et ses institutions : c'est l'idée même qui a inspiré toute cette brillante série des leçons sur l'histoire de l'armée, faites à l'École Saint-Cyr, il y a quelques années, sous la direction de M. LAVISSE. La féodalité, l'ancienne monarchie, la Révolution, l'Empire ont ce qu'on pourrait appeler une constitution militaire qui leur est propre. Aujourd'hui, sous notre régime démocratique, l'adaptation est imparfaite. L'armée, nationale par la base, est restée aristocratique par le haut. Le service militaire qui a cessé d'être une carrière pour les soldats, en est une pour les officiers. Mais si l'existence d'un corps permanent d'officiers peut être acceptée comme une nécessité, il faut, pour que ce corps ne devienne pas une sorte de caste — au lieu de l'isoler — le pénétrer de la vie et de la pensée du pays.

Deux moyens permettraient de s'opposer à ce séparatisme : une éducation plus libérale, le rapprochement de l'officier et du soldat.

Rien n'est attristant comme de voir quelle est actuellement l'esprit de nos écoles militaires, combien s'est modifié celui de l'école polytechnique, quel abandon de ses traditions. Elle se faisait gloire autrefois du rôle qu'elle avait joué en 1830, en 1848, des luttes auxquelles elle avait concouru pour la cause de la liberté. Aujourd'hui, la majorité décide qu'on ne tolérera pas l'enseignement d'un homme comme M. DURUY, qui avait été jusqu'alors un des maîtres les plus aimés, professeur de patriotisme dans le sens le plus digne et le plus élevé du mot, appartenant à une famille de soldats, où tout le monde a toujours fait son devoir Pourquoi ? Parce qu'il s'est permis de penser et d'écrire qu'on trompait et qu'on outrageait l'armée en voulant la rendre solidaire d'HENRI et d'ESTERRHAZY. Il a fallu une crise ministérielle, un nouveau ministre de la guerre pour que le cours put être repris, et le professeur imposé à l'hostilité silencieuse des chefs et des élèves.

Déjà en 1862, Victor DURUY, dans une inspection générale, avait été frappé de l'étroitesse des vues dont témoignait le mode de préparation à l'Ecole navale. Il faut, écrivait-il au ministre de l'Instruction publique, faire des hommes avant de faire des spécialistes, « avant de donner une direction spéciale aux forces de l'esprit... créer ces forces par la culture

générale de l'intelligence (1)». Nous verrions de grands avantages à l'adoption de certaines propositions actuelles, qui s'inspirent de la même préoccupation, la proposition Sauzet (2), par exemple, qui sans violer le principe de la liberté de l'enseignement créerait, à côté des écoles militaires, des écoles préparatoires permettant de modifier le mode de recrutement, d'assouplir, sinon de supprimer le régime des examens, et de donner aux futurs officiers une culture plus humaine.

Il n'y a pas bien longtemps, on parlait de la nécessité de rapprocher l'officier du soldat. C'était la tendance de ce qu'on appelait parfois la jeune armée. On attendait beaucoup de cet esprit nouveau et, bien que cette espérance ait été trompée au moment de la crise, il ne faut pas en être trop surpris ou découragé. Les choses se passent presque toujours ainsi dans un corps qui souffre à un moment donné d'un excès de solidarité. Mais aujourd'hui encore, bien des bonnes volontés restent prêtes à l'action : il faut les aider et les encourager. L'union de l'officier et du soldat peut contribuer à modifier le caractère de la discipline, à développer et utiliser une force morale en partie négligée ou perdue (3). C'est cette force qui a été et sera toujours à la guerre la première condition du succès : les grands généraux sont ceux qui

(1) LAVISSE, Victor DURUY, p. 43.

(2) La Commission de l'enseignement secondaire paraît favorable à cette idée. (V. Rapport de M. RIBOT, p. 111.)

(3) V. l'article du capitaine Victor DURUY, Éducation du soldat. Moyens pratiques. *Revue de Paris*, 1er octobre 1907, p. 545.

en ont le plus usé. Dans sa conférence sur l'armée du premier Empire, M. VANDAL cite (1) ce passage d'une lettre trouvée sur un officier prussien tué à à Iéna ; « S'il ne fallait que se servir de nos bras, nous serions bientôt vainqueurs. Ils sont petits, chétifs : un seul de nos Allemands en battrait quatre ; mais ils deviennent au feu des êtres surnaturels. Ils sont emportés par une ardeur inexprimable, dont on ne voit aucune trace dans nos soldats. Que voulez-vous faire avec des paysans menés au combat par des nobles, dont ils partagent les dangers, sans jamais partager les passions ni les récompenses ».

Ce rapprochement si désirable doit être surtout une œuvre d'éducation et de persuasion : il ne serait pas cependant inutile que l'élève sortant de l'École militaire fît au régiment une sorte de stage (2), et que l'officier restât chargé de l'intruction théorique du soldat abandonnée pour une trop grande part à des sous-officiers.

Les réformes les plus faciles sont celles qui peuvent se réaliser par des décrets ou des mesures législatives.

Grâce au précédent ministre de la guerre (3), le

---

(1) *L'Armée à travers les âges*, p. 231.

(2) C'est un principe admis par la loi de 1905 sur le recrutement de l'armée : les élèves de l'École Saint-Cyr et de l'École Polytechnique font maintenant une année de service dans les corps de troupe, mais cette année précède celle de l'entrée dans les Écoles (art. 23).

(3) Le général de GALIFFET.

régime de la cooptation a déjà disparu. Le ministre a cessé d'être le prisonnier des comités. Mais il ne faut pas se dissimuler qu'il sera toujours difficile de trouver en temps de paix, pour régler l'avancement, un système satisfaisant. L'ancienneté est aveugle et donne des officiers trop vieux ; le choix laisse trop de place à l'arbitraire ; le concours n'encourage qu'une science livresque. Seule la guerre révèle et permet de reconnaître les vraies qualités de l'officier, le sang-froid, l'habileté tactique, la prévoyance, l'action sur les hommes, le don du commandement.

On pourrait, tout au moins, essayer de remédier à la lenteur de l'avancement en revenant à la pratique de l'ancien régime : la noblesse de province, qui fournissait à l'armée ses officiers les plus solides, ne faisait qu'un service assez court. On se retirait à 40 ans avec le grade de capitaine et la croix de Saint-Louis. De même, on pourrait, actuellement, accorder une retraite après 10 ou 12 ans aux officiers qui ne seraient pas désignés pour les grades supérieurs. On leur faciliterait l'accès d'un certain nombre d'emplois civils ; leur âge leur permettrait de parcourir une nouvelle carrière (1).

Si la suppression des conseils de guerre (2), même

---

(1) La loi du 7 avril 1905 a fait une première mais encore timide application de cette idée en autorisant la mise à la retraite par anticipation et sur leur demande d'un certain nombre d'officiers après 25 ans de services.

(2) Dans sa déclaration du 5 novembre 1906, le ministère

en temps de paix, ne paraît pas encore possible, chacun sent qu'on ne peut éviter de les réformer profondément. Sans entrer dans aucun détail, ce qui importe c'est d'exiger de la justice militaire ce qu'on exige de toute justice, des garanties d'indépendance et de connaissance du droit. Il faut que l'instruction et l'accusation soient confiées à de vrais magistrats, — que les jugements soient motivés. « Un jugement sans motifs, dit M. Henri BARBOUX (1) est tout près d'être une condamnation sans jugement ». Le maintien des conseils de guerre ne doit pas entraîner celui des conseils de revision militaire : les pourvois pour incompétence, violation des formes prescrites doivent être portés directement devant la Cour de cassation, qui est le juge suprême du pays, et dont le rôle est d'assurer partout l'observation et le respect de la loi (2).

J'ai fini cette énumération de projets, qui risque de paraître à la fois incomplète et trop longue. Comme tous les programmes de réforme, elle laisse une

---

CLÉMENCEAU s'engageait à proposer sans délai cette supression : mais le projet déposé à la suite de cette déclaration comporte certaines restrictions.

(1) *Revue Politique et parlementaire*, 10 octobre 1899, p. 12.

(2) C'est maintenant une réforme accomplie : l'art 44 de la loi du budget du 17 avril 1906, décide, que « la Cour de Cassation prononcera, au lieu et place des conseils et tribunaux de revision, sur les recours formés en temps de paix contre les jugements des conseils de guerre et tribunaux maritimes siégeant à l'intérieur du territoire, en Algérie et en Tunisie ».

impression un peu décourageante, parce qu'on sent d'avance que les meilleurs contiennent toujours une certaine part de déception. Nous sommes comme le malade qui lit l'ordonnance du médecin et demande tristement : « Serai-je guéri quand j'aurai fait tout ce qu'on m'ordonne? » Ce que le médecin pense et ne dit pas toujours, c'est que la guérison dépend moins des remèdes que de la force de résistance de l'organisme. En ce sens, le salut est en nous. Rien ne préserve du césarisme une démocratie qui s'abandonne. Mais elle n'a rien à craindre, tant qu'elle a la ferme volonté de se défendre. Si nous restons attachés au parlementarisme, — seul gouvernement possible, quand on ne veut pas d'une dictature, — nous n'entendons pas couvrir et supporter tous ses abus, son impuissance, sa corruption et ses misérables querelles. La crise que nous venons de traverser est une sorte d'épreuve : elle nous a rappelé notre devoir et nous en sortons fortifiés, sachant ce que peut faire une minorité d'honnêtes gens, résolue et agissante, — lorsqu'elle combat pour la justice et pour le droit.

VII

L'ESPRIT JURISTE (1)

Je voudrais essayer de répondre à l'un des plus graves reproches que les juristes aient encouru.

Si je ne me trompe, tous les griefs qu'on a contre eux peuvent se ramener à deux.

Envisagé en lui-même, isolé de l'histoire, de la morale et de l'économie politique, le droit n'est qu'un art inférieur, inutile et coûteux, — l'art de tourner, d'interpréter, de torturer les textes, un amas de formules et de distinctions subtiles.

Ce qui est plus grave que d'appliquer son intelligence à de vaines subtilités, c'est que cette étude finit par exercer à la longue sur le jugement et le sens moral la plus détestable influence. Tout est objet de controverse; toutes les opinions peuvent être défendues. Aussi, tous les despotismes, toutes les usurpations, toutes les iniquités ont trouvé des légistes pour les défendre et les légitimer. Les jurisconsultes ont fait de la loi une sorte de fétiche, un instrument de tyrannie; ils ne la jugent pas; ils l'aiment pour elle

---

(1) Extrait de la *Paix par le droit*, février 1900.

même, en appréciant surtout la symétrie, l'ordonnance, sans s'apercevoir de ce qu'elle a parfois d'absurde ou d'inhumain. Torture, abus de l'instruction secrète, lamentable organisation de ce régime pénitentiaire qui rend la récidive presque fatale, longueur des procès, multiplicité des formalités judiciaires, qui aboutissent à ruiner ceux qu'on a la prétention de protéger, tout leur a paru ou leur paraît justifié par la nécessité ou l'intérêt social. Toutes les réformes, non seulement se sont faites sans eux, mais les ont eus pour adversaires. « Les économistes et les philanthropes, dit FRARY (2), ont fini, au bout de 80 ans, par attirer l'attention du législateur sur le scandale de ces ventes judiciaires, où le prix de l'immeuble est absorbé et au delà par les frais dits de justice. Jamais les légistes n'auraient par eux-mêmes découvert et condamné cette espèce de brigandage. »

Je n'entends retenir ici que cette dernière accusation, qui ne peut manquer d'être pour nous infiniment plus douloureuse que la première.

Qu'importe, après tout, la place que le droit peut occuper dans la hiérarchie des genres. Que ce soit un art ou une science, qu'il fasse ou non partie de la littérature (dans le sens où l'entend BRUNETIÈRE), c'est une vaine question d'amour-propre. On retrouve là ce besoin de classer et de donner des rangs, un des traits de l'esprit classique Pour ma part, je reconnais volontiers que le droit reste étranger à la littérature :

---

(2) *Question du latin*, p. 179.

ce qui ne donne pas une moindre idée de son importance. Comme elle, comme la religion, comme les beaux-arts, il est un des éléments de la civilisation. Et c'est dans bien des cas le plus caractéristique. Le bien-être et la sécurité dans lesquels nous vivons contribuent à nous faire illusion. Nous sommes toujours tentés de croire que la protection de nos biens et de notre vie s'obtient sans effort et se paye d'un prix trop élevé. Mais il suffit d'une révolution, d'une crise sociale, d'un brusque accès de barbarie, pour nous amener à comprendre que c'est au maintien de nos institutions que nous devons tout ce que nous sommes, tout ce qui fait notre dignité, notre honneur, tout ce qui fait que la vie vaut la peine d'être vécue.

En réalité, je voudrais me demander seulement si l'étude et la pratique du droit sont vraiment sans valeur morale. Pour trancher la question, il faut d'abord essayer de définir l'esprit juriste. En quoi consiste-t-il ? Comment peut-on le reconnaître ? il faut ensuite s'efforcer de retrouver cet esprit dans un certain nombre de types. Et s'il a été vraiment pour certains hommes un mobile d'action, nous pourrons estimer sa valeur morale par la vie de ceux qui s'en sont inspirés (1).

(1) Je me reprocherais de ne pas citer ici un très beau plaidoyer en faveur des légistes, qui m'a suggéré l'idée d'essayer cette analyse de l'esprit juriste : c'est un discours prononcé à une séance de rentrée des Facultés de Lille, par mon collègue M. Garçon. *Comptes rendus des travaux des Facultés de Lille*, 1887-88, p. 21 à 47.

I

Je crois qu'on peut ramener à trois les traits de l'esprit juriste : le sentiment du droit, la dialectique ou logique judiciaire, l'attachement à la tradition.

En apparence, ce n'est pas le sentiment, mais la connaissance du droit qui distingue le juriste. L'idée du droit n'est-elle pas en effet universellement répandue ? A-t-on besoin d'une éducation spéciale pour concevoir cette notion d'une faculté légale, d'une prérogative garantie par la loi ?

Il est vrai qu'on peut, sans connaître la loi, avoir le sentiment du droit ; mais ce sentiment est en réalité beaucoup moins commun qu'on ne le croit. Bien des gens intelligents, dévoués, généreux, charitables, en sont tout à fait dépourvus. Par exemple, ils ne pourront pas tolérer un acte blâmable ou dangereux sous prétexte que celui qui l'a fait a simplement usé de son droit. C'est pis encore si l'exercice de ce droit les atteint dans leur intérêt. A mon sens, c'est là le véritable critérium. De même que le libéral est avant tout celui qui est soucieux de la liberté des autres, — de même, celui-là a le sentiment du droit qui reconnaît le bien fondé d'une prétention adverse, sait avouer qu'une personne peut avoir raison à son préjudice. Ainsi, le plaideur qui se sent justement condamné, — l'étudiant refusé à son examen, capable d'accepter son sort et de se dire qu'il n'est pas immé-

rité, peuvent se flatter, non pas de connaître le droit, mais — ce qui vaut infiniment mieux — d'avoir le sentiment du droit.

Ce sentiment, comme tous les autres, est surtout un mobile d'action. Il consiste non seulement à confesser le droit, mais à lutter et souffrir pour lui. On a cru longtemps que le droit, résultante des besoins sociaux, naissait et se développait spontanément, fatalement, sans effort. Il n'est pas de plus dangereuse erreur. Personne n'a montré aussi énergiquement que IHERING toutes les conséquences lamentables qu'elle peut avoir. Il faut, avec lui, partir de cette idée que « le droit se conquiert et se maintient par une lutte continuelle. L'avènement d'un droit nouveau ne peut être obtenu qu'au prix d'une atteinte sensible à des intérêts privés ; le maintien du droit suppose pour la même raison une résistance constante... L'enjeu de la lutte, c'est l'existence même de la nation. Un peuple qui ne défend pas ses droits privés finira par être incapable de défendre son territoire et son honneur... L'attitude d'un homme ou d'un peuple, en présence d'une atteinte portée à son droit, est la pierre de touche de son caractère... Cette défense du droit est une œuvre facile, lorsqu'une majorité s'y associe. Mais rien n'est plus triste que le sort de ceux qui sont seuls à défendre le droit contre la lâcheté et l'apathie de tous (1) ».

Si j'avais, dit IHERING, à apprécier, d'après leur im-

(1) IHERING, *Le Combat pour le droit*... passim.

portance pratique, les deux maximes : Ne faites point d'injustice et ne souffrez point d'injustice, je dirais comme première règle : Ne souffrez point d'injustice, et, comme seconde : N'en faites pas.

Mais il ne faut pas croire que le droit se révèle toujours avec une évidence, une netteté parfaite. On a dit du devoir, qu'il était souvent plus difficile de le connaître que de l'observer : on peut en dire autant du droit. La loi peut être obscure ou incomplète : souvent, on se trouve en présence d'une situation que le législateur n'a pas réglée et peut-être n'a pas prévue. Dans tous ces cas, que faut-il faire ?

S'en tenir, disent les uns, à l'application littérale de la loi, ne pas sortir du texte, l'appliquer strictement. Mais à quelles conséquences, par l'emploi d'un pareil procédé, ne sera-t-on pas conduits ? Parfois, c'est le déni de justice, puisqu'il y a impossibilité d'invoquer la loi si l'on n'est pas exactement dans l'hypothèse qu'elle a prévue. C'est aussi l'absence de tout progrès, puisqu'on ne peut adapter une législation ancienne à des besoins nouveaux. En apparence, cette interprétation étroite respecte la loi ; en réalité, elle la méconnaît. Rappelons-nous l'Évangile sur l'observation du Sabbat et la parole de Saint-Paul : « La lettre tue et l'esprit vivifie ».

On peut se proposer tout au contraire de donner avant tout satisfaction à l'équité. Entre deux sens, on choisira le plus équitable. Mais ce système aboutit encore plus souvent que le précédent à sacrifier la loi. L'interprète, au lieu de la respecter, l'asservit :

à son gré, il combat l'esprit par la lettre, la lettre par l'esprit, en vérité il substitue à la loi sa propre volonté. Le justiciable, entièrement privé de garantie, se sent à la merci de l'arbitraire du juge. «Dieu nous préserve, disaient nos pères, de l'équité des Parlements »

Entre les deux systèmes, il y a place pour une autre conception plus savante et plus compliquée Prenant comme point de départ la solution donnée par la loi, l'interprète remonte au principe qui l'inspire et qui l'explique. Il déduit ensuite les conséquences de ce principe, en l'appliquant aux cas analogues, qui peuvent se présenter et que la loi n'a pas prévus. Le droit devient ainsi une véritable science, qui s'ordonne, se systématise, pourvoit à des besoins nouveaux, élargit sa portée d'action. Mais alors on s'expose à d'autres dangers. Le jurisconsulte devient un raisonneur, sacrifiant tout à la logique, suivant jusqu'au bout les conséquences de ses principes, sans s'inquiéter de savoir si la solution, à laquelle il arrive, est injuste ou absurde.

En somme, aucun des trois procédés ne peut être employé d'une manière exclusive : il faut nécessairement les concilier. L'interprétation idéale est celle qui donne à la fois satisfaction au texte, à l'équité, à la logique C'est pour le juriste une sorte d'équilibre instable. Pour trouver le point précis où cet équilibre peut se réaliser, il faut un véritable don, celui de la logique judiciaire Dans un problème infiniment compliqué, où les principes se contredisent, où des intérêts souvent également respectables sont en conflit,

où les raisons s'opposent les unes aux autres, quelques-uns, guidés par une sorte d'instinct, voient presque immédiatement la solution qui réussit à concilier toutes les exigences.

J'ai signalé comme un dernier trait de l'esprit juriste l'attachement à *la tradition*: prenant le mot dans son sens naturel, j'entends par là ce qui nous est transmis, ce qui vient du passé, l'expérience, qui s'est en quelque sorte consolidée et dont nous profitons.

Si l'on considère que le présent n'est qu'un legs du passé, qu'il est déterminé, conditionné par lui, cette transmission apparaît comme une chose toute simple, presque fatale.

Elle ne s'opère pas cependant, sans une très grande déperdition: chaque génération recommence à nouveau l'œuvre des précédentes. Je ne parle pas seulement de cette catégorie de personnes, — beaucoup plus nombreuses qu'on ne le croit, — incapables de profiter d'aucune expérience, même de celles qu'elles font à leurs dépens. Celles-là, aucun mécompte, aucun échec ne les instruit. Elles ne se considèrent jamais comme responsables d'un résultat qui les atteint; elles accusent les circonstances, le hasard, la malveillance ou l'injustice des autres. Il est permis de prédire qu'elles échoueront toujours. Il est déjà très beau et plus rare qu'on ne le pense, d'appartenir à la seconde catégorie, celle de ceux qui tiennent compte de leur propre expérience, réparent leurs omissions et corrigent leurs erreurs. Ne trouvons donc pas l'expérience

trop coûteuse, quand nous avons du moins l'esprit d'en profiter.

Deux raisons peuvent expliquer que, dans une société, ces leçons de l'expérience risquent le plus souvent d'être perdues.

La première, c'est que cette société se compose d'une succession de générations Au fur et à mesure que les séries anciennes s'avancent et s'acheminent vers leur fin, d'autres apparaissent inexpérimentées, ambitieuses de changement, avides de prendre leur place. Il est curieux mais banal de constater que deux générations séparées par un intervalle assez ample ne s'entendent plus, ne se comprennent plus. C'est ce qui explique, en politique, en religion, en littérature, le désaccord bien connu des pères et des enfants.

Une autre cause de ce perpétuel recommencement, c'est que les données de l'expérience paraissent contraires à la raison. C'est la thèse que M. BRUNETIÈRE a développée, avec une très grande énergie, dans son article sur les Bases de la croyance et sa conférence sur l'Idée de patrie. Toute société contient fatalement, forcément une très grande part *d'irrationnel* (1). Il est à peu près impossible, en effet, d'expliquer rationnellement la société elle-même et la plupart de nos institutions sociales : mariage, propriété, succession.

---

(1) Je ne voudrais pas cependant exagérer cette opposition entre les données de la tradition et celles de la raison : j'admets volontiers qu'il y a dans la tradition une raison qui s'ignore et que la science tend à dégager.

C'est un rêve d'anarchiste, une utopie de philosophe que la prétention d'établir une organisation absolument conforme à la raison

Or les juristes savent à quel point le présent est solidaire du passé : ils constatent que les institutions, comme tous les organismes sociaux, sont le produit des besoins éprouvés par l'homme dans tel ou tel milieu : on ne peut les modifier et réaliser des réformes durables qu'en tenant compte de ce qu'il y a de permanent dans ces besoins. L'attachement à la tradition apparaît ainsi non pas comme un obstacle, mais comme une condition du progrès

II

Après avoir défini l'esprit juriste, il ne suffit pas, pour apporter la preuve que j'ai promise, d'établir que certains personnages animés de cet esprit ont été d'honnêtes gens. Je sens bien qu'on pourrait m'adresser une objection dont j'étais frappé en lisant, il y a peu de temps, un article de SAINTE-BEUVE (1) sur le *Journal de Sismondi*. SISMONDI, à un certain moment, subissait l'influence de sa femme dont il devait, après quelques années, partager les croyances religieuses : pourtant il résistait encore. « Ma femme, disait-il, commence par mettre dans sa religion tout ce qu'il y a de mieux dans une âme comme la sienne ; elle apporte

(1) *Nouveaux lundis*, t. VIe, p. 24.

sa bonté, mais sa religion ne la lui donne pas (1). Personne n'a jamais soutenu que tous les juristes fussent nécessairement de malhonnêtes gens. La difficulté consiste à démontrer que ceux qui sont honnêtes sont ainsi parce qu'ils sont juristes.

Sans doute, un très grand nombre de gens agissent autrement qu'ils ne pensent, mais, pour juger la valeur morale d'une doctrine, il faut prendre pour exemples ceux qui ont établi une concordance parfaite entre leur manière de penser et leur manière de vivre.

Et, somme toute, ces exemples sont faciles à trouver. Je choisirai de préférence des hommes qui n'ont pas été trop éloignés de nous, et qui, sans passer pour des héros, se sont distingués au second rang.

Je me contenterai d'en citer deux, VALETTE et DUFAURE.

Le premier, mort en 1878, a professé pendant 46 ans le Droit civil à la Faculté de Paris. Il n'y a presque aucun événement notable dans cette vie, qui a été celle d'un homme d'étude et dans laquelle, — si ce n'est pendant un court espace de temps, — il n'y eut aucune place pour l'action. Pourquoi donc citer tout spécialement un nom presque oublié, celui d'un homme dont la notoriété n'a presque jamais dépassé les frontières de l'École et du Palais ; son influence, beaucoup plus attachée à son enseignement qu'à des écrits, ne lui a presque pas survécu ?

(1) SAINTE-BEUVE, *loc. cit.*, p. 73.

C'est parce que tous ceux qui l'ont approché ont eu le sentiment qu'il était comme une incarnation vivante du juriste. Le droit a été pour ainsi dire la pensée maîtresse de sa vie, inspirant ses jugements, déterminant ses actions. Pour le représenter, il faut employer la méthode de PLUTARQUE, rappeler quelques traits de sa vie.

C'était un homme doux, très simple, presque naïf, et c'est la simplicité même avec laquelle il s'acquittait de ses devoirs, quels qu'ils fussent, qui donne à son caractère quelque chose de grand.

On peut aisément retrouver dans sa vie et dans ses écrits tous les traits de l'esprit que j'analysais tout à l'heure : le sentiment du droit, il le transportait dans tous les actes de sa vie. D'une conscience infinie, il ne cédait rien de ce qu'il estimait être la vérité, mais poussait jusqu'au scrupule le respect de la personnalité et de l'opinion d'autrui. Religieux, il gardait même dans sa religion, nous dit un de ses biographes, son caractère d'homme de loi, n'allant pas au delà de ce qui était commandé, mais observant rigoureusement la règle. Fondateur et Président de la Société protectrice des animaux, il ne se contentait pas de penser que l'homme a des devoirs envers eux, il n'était pas éloigné de croire qu'il y a entre eux et nous une certaine communauté de droit.

Dialecticien passionné, intraitable lorsque son droit était en cause, il n'a jamais cependant sacrifié la loi ou l'équité à la logique.

Respectueux de la tradition, puisque nul mieux que

lui n'en a révélé l'importance (1), il a toujours été comme juriste un homme de progrès, sachant ce que valait la loi, s'employant ardemment à la réformer et l'améliorer.

Dans cette vie si tranquille, il y eut un moment de tourmente.

Au lendemain de la Révolution de 1848, VALETTE — ce qui paraît aujourd'hui bien étrange — avait été nommé représentant du Jura, son pays d'origine, sans avoir fait aucune démarche, ni publié aucune profession de foi. Il eut à deux reprises, au cours de ses fonctions, l'occasion de défendre la loi. Pendant les journées de juin, il la défendit contre l'émeute, il affronta les barricades ; il était à côté du général DAMESME lorsque celui-ci fut blessé mortellement. Son premier mot, en apprenant le Coup d'État du 2 décembre, le dépeint tout à fait ; il était encore au lit, lorsqu'on lui apprit que des affiches apposées dans la rue annonçaient que le Président venait de dissoudre la Chambre et de suspendre l'application de la loi du 31 mai. « L'acte est nul de plein droit, *ipso jure* ». Le même jour, sachant qu'un certain nombre de ses collègues avaient été emprisonnés dans la caserne du Quai d'Orsay, il se présenta à l'officier qui commandait le corps de garde, simple-

(1) Voir en effet son mémoire sur la *Durée persistante de l'ensemble du Droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789*, reproduit dans les *Mélanges*, publiés par MM. HÉROLD et LYON-CAEN, t. 1er, p. 443.

ment, presque timidement : « Monsieur, lui dit-il, je viens vous demander de m'arrêter. J'ai deux titres à cet honneur : je suis représentant du peuple et professeur de droit ».

DUFAURE eut une carrière bien différente, et fut autrement mêlé aux événements de son temps. Avocat, qui conquiert une brillante et rapide fortune au barreau, — membre du Parlement depuis 1834, nommé, non pas par hasard, mais s'imposant par son talent et l'ascendant qu'il a conquis —, 5 ou 6 fois ministre d'une monarchie et de deux républiques, lui aussi ne fut toujours et partout qu'un légiste Tous ceux qui ont parlé de lui, BARBOUX, CHERBULIEZ, Jules SIMON, plus récemment FAGUET, sont tombés d'accord sur ce point. Tous l'ont vu et le représentent comme un de ces légistes d'autrefois, dont il avait la tenacité, la rudesse, le bon sens pratique ; il a été comme eux un grand serviteur de l'État. « Nul homme, dit FAGUET (1), n'est mieux resté aux Chambres législatives et aux hôtels ministériels un grand homme du Palais. Il a passé avec la hauteur simple et sans ornement, la sûreté et la fermeté un peu lourde, l'impartialité et quelque chose aussi de l'impassibilité dédaigneuse de la loi ».

Ainsi nous pouvons juger par sa vie la valeur de ses principes. Dans cette vie, deux traits sont frappants : l'unité et la probité.

De 1820 à 1881, pendant plus de 60 ans, DUFAURE,

---

(1) *Revue du Palais*, 1er mars 1897, p. 93.

contre des adversaires différents, défend sans cesse les mêmes idées.

Le droit, pour lui, est avant tout le respect de la liberté humaine : il défend cette liberté « par toutes les armes qui ne mettent pas en péril l'intégrité de l'État », il la défend contre le droit divin, le césarisme et despotisme parlementaire, « qui se combattent entre eux, mais ne diffèrent pas les uns des autres et par l'emploi des mêmes moyens tendent à la même oppression. » C'est contre eux qu'il a revendiqué la liberté de pensée, la liberté religieuse, l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Quant à sa probité, ce n'est pas seulement cette honnêteté vulgaire, qui n'est pas déjà si banale : c'est la probité politique, qui consistait pour lui « à ne jamais faire quand il était le maître ce qu'il blâmait quand il ne l'était pas (1) », qui lui inspirait l'horreur de l'intrigue, de l'esprit de parti et de la sollicitation.

Lorsqu'au début de sa carrière, sa famille essayait de l'éloigner du barreau pour l'engager dans un chemin moins rude, mais dont l'accès était ouvert par la faveur, il refusait : « Je veux, écrivait-il à son père, avancer par le peu de talent que j'aurai. Je ne veux pas élever mon rang pour abaisser mon âme. » On peut lire aussi dans l'étude si nourrie de M. G. PICOT, l'histoire de ses deux premiers dossiers.

On peut dire que cette probité, un peu farouche,

---

(1) H. BARBOUX, Discours prononcé à l'ouverture de la Conférence des avocats de Paris, le 5 décembre 1881, p. 33.

faisait partie de son talent. C'est elle qui donnait à sa parole un peu sèche et qui manquait de flamme, son ascendant, son véritable moyen d'action. Car elle est plus vraie qu'on ne le croit cette vieille idée que l'orateur à besoin d'être honnête, parce qu'il doit son autorité à son honnêteté autant qu'à son talent.

« Sa vie, dit FAGUET (1), fut une manière de gageure ; il semble qu'il ait voulu voir si, sans intrigue, sans compromission d'aucune sorte, sans adulation, et plutôt avec ce qui peut passer pour le contraire, sans être à proprement parler d'aucun parti, avec une probité financière et politique absolue, et même comme provocante, et sans aucune séduction de la personne, on peut arriver en France à quelque chose, et à l'honneur de la France, il y a mis le temps nécessaire aux hommes de cette trempe — mais il est arrivé à tout. Il a gagné un très beau pari. »

Je pourrais trouver facilement d'autres exemples, — bien que je ne prétende pas que tous les juristes soient des hommes de PLUTARQUE. Je conviens volontiers que nous avons eu nos MERLIN, nos DUPIN, nos CAMBACÉRÈS, qui tous ont eu plus ou moins des caractères indignes de leur talent Mais que n'exploite-t-on pas en ce monde : la religion, l'irreligion, la charité, le patriotisme ? Le droit, qui n'est pas un des moindres moyens d'influence, ne jouit d'aucune immunité. En réalité, ceux qui l'ont mis au service de leur intérêt ne l'ont pas respecté, mais trahi.

(1) *Revue du Palais*, 1er mars 1897, p. 59.

Je ne prétends pas non plus que cet esprit juriste soit la plus haute conception morale à laquelle on puisse atteindre. Nous avons eu, et nous aurons toujours de très beaux types humains très dissemblables, entre lesquels le choix peut hésiter ; martyrs du patriotisme, de l'honneur militaire, de la religion et de la vérité. La société idéale est assurément celle où tous les hommes s'aimeraient les uns les autres. Mais tant que la charité sera le fait d'une petite élite, elle risquera toujours de perpétuer le paupérisme en dispensant de la prévoyance et de l'effort, en humiliant ceux qu'elle assiste. Il y a, d'ailleurs, dans le droit, comme l'a si bien montré M. Gide, une part de charité. Mais quand même l'esprit juriste manquerait un peu de générosité, on reconnaîtra, j'espère, tout ce qu'il peut y avoir de vraiment noble et de viril dans une société fondée sur l'idée du droit, où chacun prendrait pour devise ce seul principe: « Se faire respecter et respecter les autres. »

VIII

LES ANALOGIES

DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

ET

DE LA JURISPRUDENCE CIVILE (1)

Nous voudrions essayer de rapprocher la jurisprudence administrative et la jurisprudence civile. Entre elles, on aperçoit plus aisément des oppositions que des analogies : ce sont des courants qui ne se mêlent pas. Elles n'ont pas la même origine, les mêmes caractères, le même esprit.

La jurisprudence civile a pour base, pour point d'appui, le Code civil.

Le droit administratif, au contraire, n'est pas codifié et se prête mal à des essais de systématisation. Avec des matériaux disparates, souvent de qualité médiocre, on ne pouvait élever, semble-t-il, que des constructions légères, provisoires, sans unité, sans plan d'ensemble. Ainsi la jurisprudence civile serait

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil,* 1906. n° 4.

comme un monument d'un bel aspect; — la jurisprudence administrative, au contraire, donnerait l'impression d'une usine faite de pavillons séparés, hâtivement construits, destinés à être incessamment modifiés, déplacés, démolis.

Il ne faut pas s'étonner que les civilistes aient eu longtemps pour le droit administratif des sentiments peu bienveillants ; on le regardait comme le châtelain regarde la fabrique bruyante et malpropre, qui masque et dépare le paysage. Mais le temps a parfois raison de ces dédains; l'usine se renouvelle et s'agrandit sans cesse; elle survit au château, qui se lézarde et tombe en ruines.

I

Ceux qui ont assisté aux fêtes du centenaire du Code civil n'oublieront pas le grand effet que produisit, dans la séance de la Sorbonne, le simple et beau discours de M. Ballot-Beaupré. A grands traits, dans une langue très sobre, il montra quel avait été, pendant un siècle, le rôle considérable de cette Jurisprudence civile comblant les lacunes de la loi, préparant les réformes, adaptant « libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (1). Et les tribunaux avaient pu s'acquitter de cette tâche, sans manquer à leur pre-

(1) *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. 27.

mier devoir, celui de respecter la loi. Lorsque le texte est clair, on l'applique sans hésitation; quand il est obscur, ambigu, le juge ne doit pas s'attarder à rechercher ce qu'était, il y a cent ans, la pensée des rédacteurs du Code, — mais ce que serait cette pensée, si le même article était aujourd'hui rédigé par eux. N'est-ce pas là fausser la nature de la loi? Non, car l'arbitraire du juge est limité par la nécessité de s'appuyer sur un texte pour motiver sa décision. Et ce texte cependant est assez général pour lui laisser une latitude très suffisante. Des dispositions, comme l'article 1134 qui donne force de loi aux conventions légalement formées, — comme l'article 6 qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, — comme l'article 1315 imposant la charge de la preuve au créancier qui réclame l'exécution d'une obligation, au débiteur qui se prétend libéré, — comme l'article 2279 qui énonce la règle: « En fait de meubles possession vaut titre », — enfin et surtout comme l'article 1382 qui pose le principe de la responsabilité délictuelle, — de telles dispositions fournissent aux tribunaux des éléments de solutions pour un nombre infini de cas, et permettent de statuer en toute hypothèse, avec une très grande liberté.

Ainsi, dans le silence de la loi, la jurisprudence, à l'aide d'un seul article sur la stipulation pour autrui, a pu construire toute une théorie de l'assurance sur la vie, spécialement de l'assurance en cas de décès

au profit d'un tiers : cette théorie longtemps incertaine, imprécise, s'est coordonnée en un système juridique, que le projet de loi sur le contrat d'assurance présenté à la Chambre des députés le 12 juillet 1904 reproduit presque intégralement.

Le Code ne consacrait au louage de domestiques et ouvriers que deux articles. La jurisprudence a complété la loi ; elle a préparé et devancé les réformes. La Cour de cassation permettait de réprimer l'abus du droit de congé trente ans avant que la loi du 27 déc. 1890 ne vînt compléter l'article 1780. De même, en 1860, la Cour de cassation reconnaissait au juge le pouvoir d'apprécier si les salaires doivent être considérés comme alimentaires et soustraits pour partie, ou même pour le tout, aux effets de la saisie : la loi du 12 janv. 1895 n'a fait que régulariser cette pratique. — Dans la matière des accidents industriels, l'application du droit commun était très dure pour l'ouvrier. Elle l'obligeait à faire la preuve qu'il y avait eu faute du patron et que cette faute était la cause de l'accident. La jurisprudence n'était pas autorisée à substituer un autre principe de responsabilité à celui qu'édictait la loi ; mais elle tempérait sa rigueur en entendant la faute imputable au patron d'une façon singulièrement large. On se rapprochait insensiblement de la théorie du risque professionnel, qui ne pouvait être consacrée que par la loi.

Ce n'est pas seulement dans l'hypothèse où la réglementation légale est insuffisante que l'action du juge est importante : très nombreux sont les cas où

cette action s'exerce, sans paraître gênée par des textes précis, en apparence formels. L'art de l'interprète s'applique alors soit à restreindre, soit à développer la portée de ces dispositions. C'est ainsi que la jurisprudence a réagi contre la prohibition des substitutions en donnant effet à certains legs conditionnels, — contre l'article 900 en prononçant la nullité de la libéralité affectée d'une condition illicite, lorsque cette condition a été la cause impulsive de la volonté du disposant, — contre le formalisme des donations en admettant la validité des donations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux. Avant d'être autorisée par la loi de 1889 à prononcer la déchéance de la puissance paternelle, elle est intervenue pour protéger l'enfant, contrôler et limiter en cas d'abus l'autorité du père. De même, elle s'est efforcée d'atténuer la défense de rechercher la paternité édictée par l'article 340; elle a considéré que cette prohibition n'excluait pas le droit pour la femme séduite et abandonnée d'obtenir du séducteur une réparation pécuniaire.

Elle a procédé, tout au contraire, par voie d'interprétation extensive en accordant la garantie de l'inaliénabilité à la dot mobilière ; c'est là son œuvre par excellence, sa théorie la plus originale et la mieux coordonnée.

En présentant le tableau saisissant de cette jurisprudence (1), élément de conservation et de progrès

---

(1) Discours précité, p. 28-35.

du droit, l'orateur avouait qu'elle avait ses imperfections et ses lacunes (1) : on était trop tenté de l'oublier, en l'écoutant. Si l'on se borne à considérer le développement, l'allure générale de la jurisprudence, on est surtout frappé par les services qu'elle a rendus. Il est bien certain qu'elle répondait aux besoins essentiels de son époque ; elle a tenu compte des changements économiques, des exigences de l'opinion et de l'équité : elle n'a pas seulement amélioré le Code civil ; elle l'a renouvelé ; elle lui a procuré un complément de vie.

Mais si l'on reprenait une à une les principales matières du droit, que de réserves il faudrait faire ! Trop souvent cette jurisprudence apparaît tâtonnant, marchant au hasard, suscitant et perpétuant les procès par son incertitude. Que de fois on trouverait l'occasion d'appliquer les observations que faisait VALETTE à propos de la question du cumul (2). « Il nous semble que ce doit être un grand sujet d'étonnement pour le public que de voir livrés encore à l'incertitude et aux fluctuations de la jurisprudence des points de droit, qui intéressent au plus haut degré la fortune et le repos des familles. Ainsi quarante ans se sont écoulés depuis la promulgation du Code civil et l'on n'a pu encore déterminer d'une manière sûre et exacte l'effet des donations qu'un père fait à son fils,

---

(1) Id., p. 36.

(2) VALETTE, *Mélanges*, publiés par HÉROLD et LYON-CAEN, t. I, p. 263.

un mari à sa femme ! En sorte que l'on est réduit au doute sur des matières de l'application la plus usuelle et en même temps la plus importante. A qui doit-on reprocher un pareil état de choses? Au législateur ? Non ; suivant nous, il faut en accuser les interprètes du Code, et surtout ses interprètes officiels, ceux qui sont chargés de statuer d'une manière souveraine sur l'application des lois ». Il n'y a pas longtemps que l'unité de jurisprudence commence à s'établir dans la matière de l'assurance sur la vie. Que de confusions, de contradiction subsistent encore dans la solution de certaines difficultés qui se sont élevées dès le lendemain de l'application du Code civil, et qui sont toujours renaissantes ! On en peut voir un exemple dans l'étude que M. WAHL a consacrée aux variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage (1).

A côté des institutions, qui ne sont pas fixées, coordonnées, on pourrait citer celles, dont on n'a pas tiré parti. Tous les mécomptes auxquels a donné

---

(1) *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 443. « Malgré les occasions presque quotidiennes qu'ont eues la Cour de cassation et les tribunaux de statuer sur ces problèmes, malgré leur caractère fondamental, malgré les troubles que les incertitudes de la jurisprudence apportaient aux relations sociales, les luttes et les revirements se sont perpétués jusqu'à aujourd'hui, et sur les questions les plus importantes, aux deux points de vue théorique et pratique, l'évolution définitive n'est pas achevée ».

lieu le partage d'ascendant ne sont pas, sans doute, imputables à la jurisprudence : mais n'est-ce pas, en grande partie, sa faute, si ces sortes de partages, même faits en toute loyauté, présentent si peu de sécurité ? Il y a là sûrement des inconvénients graves qu'on pourrait éviter : tout au contraire la jurisprudence n'a fait que les aggraver.

Qu'on relise également les notes de M. BEUDANT sur le legs avec charge (1), et l'on verra que la Cour de cassation, en refusant de caractériser ce mode de disposition, de le différencier nettement de la libéralité directe, rend très dangereux l'usage d'un procédé qui mériterait d'être encouragé et permettrait de réaliser beaucoup d'intentions bienfaisantes.

La justice a pour principale mission de protéger les faibles, ceux qui sont impuissants à se défendre eux-mêmes. S'est-elle acquittée de ce devoir envers l'enfant, la femme, les personnes privées de raison, interdites ou internées dans une maison d'aliénés ? Nous ne croyons pas qu'elle ait fait pour eux ce qu'elle devait et pouvait faire.

Pour ne parler que de l'enfant, peut-on le considérer comme suffisamment protégé par le contrôle judiciaire de la puissance paternelle ? Le contrôle a

---

(1) V. ces notes sous BESANÇON, 26 mars 1891 et Cassation 25 janv. 1893, D. 93, 2. 1. et 94. 1. 257. — Conf. PLANIOL, t, III, 3e édit., no 3017 et BERTHOMIEU, *Du legs avec charge*, thèse Montpellier, 1896.

toujours conservé un caractère très réservé et tout à fait exceptionnel : le juge intervenait dans des cas extrêmement rares, quand l'abus commis au détriment de l'enfant dépassait toute mesure et soulevait une unanime réprobation ; mais quel usage ont fait les tribunaux des droits que leur conférait la loi du 24 juillet 1889 ? Tous les rapports des inspecteurs départementaux de l'Assistance publique se sont plaints des résistances de l'autorité judiciaire, qui décourageaient toutes les bonnes volontés (1). M. BONJEAN (2), dont le témoignage paraîtra significatif, s'est exprimé ainsi : « Dans le courant de l'année dernière, nous avons vu retenir par le Parquet, dans les affaires de correction communiquées, 30 dossiers, dont les renseignements étaient si déplorables pour les parents que la déchéance paraissait s'imposer. J'ai dressé ce tableau en deux colonnes que le temps ne me permet pas de vous lire : de la suite donnée à ces 30 affaires retenues par le Parquet d'office, eh bien ! il y a eu 13 admissions et 17 rejets. J'ajoute seulement, qu'en général, c'est dans les instances rejetées que les parents paraissaient le plus

(1) Rapport du directeur de l'Assistance publique de Paris sur le service des enfants moralement abandonnés pendant l'année 1889, p. 29. — Assist. publ. de l'Hérault, rapport sur l'année 1892, p. 25 et 26. — Vaucluse, année 1895, p. 16. — Seine, 1894, rapport de M. ROUSSELLE, au Conseil général, reproduit par M. de CRISENOY, *Questions d'assistance et d'hygiène traitées dans les conseils généraux en 1893*, p. 102 et 103.

(2) *Bulletin de la Société des prisons*, 1895, p. 479.

critiquables. Il y a donc dans le fonctionnement de la déchéance de la puissance paternelle quelque chose qui n'est pas compris et qui aurait besoin d'être réformé ».

On sait également que depuis la loi de 1889, la plupart des tribunaux se considèrent comme n'ayant plus la faculté d'édicter de simples restrictions à l'exercice de l'autorité paternelle (1). Toutes les mesures que le juge croyait autrefois pouvoir prescrire, en vertu de son pouvoir de contrôle, lui seraient désormais interdites, parce qu'elles équivaudraient à une déchéance partielle, et qu'obligatoirement la déchéance doit s'appliquer à tous les attributs de la puissance paternelle. C'est ainsi qu'on a pu voir des tribunaux décider, comme l'a fait celui de Toulouse (2), qu'un père qui, pour des fautes légères, a frappé de jeunes enfants avec des cordes, des fouets à lanières, des instruments contondants, les a enfermés plusieurs heures dans une chambre obscure, après les avoir attachés sur une chaise avec des courroies, a commis des faits regrettables, mais que ces faits ne dénotent pas une indignité suffisante

(1) Poitiers, 21 juill. 1890, D. 91. 2. 17. — Saint-Quentin, 27 déc. 1889 et Toulouse, 3 juill. 1890, S. 91. 2. 17. — Paris, 24 juin 1892, S. 93. 2. 228. - Paris, 15 déc. 1898. D. 99. 2. 57. — En sens contraire : Aix, 12 nov. 1890, S. 91. 2. 25. — Rennes, 18 sept. 1891, D. 94. 2. 393. – Conf. PLANIOL, 3e édit., t. I, n° 1749 et PERREAU, *Revue crit.*, 1903, p. 203.

(2) Toulouse, 3 juill. 1890, S. *loc. cit.* et la note de M. BOURCART.

pour entraîner sa déchéance, et que le juge a perdu le droit de contrôle qui lui eût permis de les réprimer.

N'a-t-il pas fallu, en 1880, une intervention législative pour assurer la conservation de la fortune mobilière des mineurs en tutelle? A quels dangers ne les laissait pas exposés une jurisprudence (1), qui permettait au tuteur d'aliéner sans autorisation du conseil de famille les valeurs du pupille autres que les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France?

Et encore aujourd'hui quels abus ne couvre pas la jurisprudence qui reconnaît les droits les plus étendus à l'administrateur légal? L'administrateur légal peut transiger sur une action mobilière, convertir une rente viagère en capital, et la conséquence de ce principe c'est que le père d'un enfant, blessé par un accident et devenu infirme, a pu s'entendre à son gré avec l'auteur responsable de cet accident, transformer en un capital payé une fois pour toutes la rente viagère due à l'enfant, toucher ce capital et le dissiper. Tout ce que la Cour de Douai laisse à l'enfant devenu majeur, c'est une action en reddition de compte contre un père d'ailleurs insolvable (2).

(1) Cassation, 3 févr. 1871, S. 73. 1. 61.

(2) Douai, 24 févr. 1901. — Dijon, 13 juin 1900, S. 1903. 2. 1. et la note de M. Tissier. V. également l'examen de jurisprudence de M. Tissier, *Revue critique*, 1902, p. 599. « La jurisprudence n'a pas su jusqu'ici limiter les pouvoirs du père administrateur et protéger efficacement l'enfant soumis à l'administration légale du père». *Loc. cit.*, p. 607.

Plus triste est encore la condition de l'enfant naturel, que nul, le plus souvent, ne représente. Lorsqu'il s'agit de lui, la Cour de cassation (1) n'admet pas de tutelle légale : on a vu ainsi, en 1897 (2), un père naturel agissant contre l'auteur d'un accident dont son enfant avait été victime, arrêté par une fin de non recevoir.

Il conviendrait de savoir aussi de quel esprit s'inspirent les tribunaux, en matière de législation ouvrière et de législation fiscale.

En matière de législation ouvrière, on sait combien la justice est difficile à rendre. Il y a tout à la fois des préjugés de classe dans le Code et dans la mentalité de ceux qui l'appliquent.

Le mode de recrutement, les conditions d'accès de la magistrature ont fait des fonctions judiciaires le privilège presque exclusif des classes moyennes. Comment le juge pourrait-il entièrement répudier son éducation, ses intérêts de classe? Comment peut-il apercevoir ce qu'a d'excessif ou d'injuste une législation traditionnelle, dont il ne souffre pas, qui protège des intérêts respectables et repose sur des

---

(1) Cass., 16 nov. 1898, S. 99. 1. 24.

(2) Paris, 17 mars 1897, S. 1901. 2. 105. — Une loi du 2 juillet 1907 est venue rémédier à cette situation en décidant que celui des parents naturels qui le premier aura reconnu l'enfant, et le père, en cas de reconnaissance simultanée, administrera les biens de son enfant mineur en qualité de tuteur légal.

principes longtemps incontestés (1)? Dans les conflits sociaux, dit IHERING (2), les deux partis se réclament du droit : l'un marche sous la bannière du droit historique, du droit du passé ; — l'autre se réclame du droit nouveau, du droit en voie de formation. Ne faut-il pas considérer qu'il y a dans notre éducation nombre d'idées très fortes, qui s'opposent comme une barrière à l'avènement de ce droit nouveau : la responsabilité des fautes, la liberté des conventions, la charge de la preuve imposée au demandeur, la liberté pour les parties de transiger et régler leur différend sans intervention du tribunal? On conçoit quelle résistance ont opposée ces principes dans la question des accidents. Le juge s'est cru très humain, très compatissant en facilitant la preuve exigée de l'ouvrier, en admettant aisément qu'il y avait eu faute du patron. Il n'a pas cru possible d'aller au delà, d'estimer qu'un patron qui avait payé à l'ouvrier son salaire n'était pas quitte envers lui de toute obligation, et lui devait garantie, sécurité. Il a fallu pour assurer ce résultat une loi consacrant un nouveau principe de droit, celui du risque professionnel. Mais c'est à grand peine que ce principe s'est introduit dans la pratique : un rapport très documenté publié par le

---

(1) « Croit-on, fait observer M. TISSIER, que les Compagnies d'assurances trouvent immorales les clauses contraires à la justice et à la bonne foi qu'elles insèrent assez fréquemment dans leurs polices »? TISSIER, *Compte rendu de la Déclaration de volonté de Saleilles,* tir. à part, p. 10.

(2) VON IHERING, *La lutte pour le Droit.* Trad. MEULENAERE, p. 9.

ministère du Commerce (1) permet de se rendre compte que les notions anciennes subsistent comme une survivance, inspirent de nombreuses décisions et troublent l'application de la loi de 1898. Dans l'appréciation des établissements assujettis, des accidents mis à la charge du patron, des conditions de preuve, beaucoup de tribunaux se sont montrés fort rigoureux pour l'ouvrier. Par une application abusive de la liberté des conventions, de nombreuses décisions ont sanctionné des arrangements en opposition avec les règles de la loi, procurant aux victimes d'accidents moins qu'il ne leur était dû.

Le ministère du Commerce a relevé des minorations dans le rachat des rentes au détriment des ouvriers (2) : fréquents sont les cas cités où cette minoration va de 30 à 50 o/o ; une s'élève à 62,70 o/o, une autre à 81,73. Pour une rente de 96 francs valant normalement 1 368 francs, un ouvrier a reçu simplement une somme de 250 francs.

A la vérité le rapport constate que la Cour de cassation a réagi dans une certaine mesure « contre des décisions restrictives dont le nombre allait grandissant et qui menaçaient d'infirmer par le détail l'œuvre

---

(1) *Journ. off.* du 28 févr. 1905, p. 1363-1386.

(2) *Journ. off., loc. cit.,* p. 1366. Pour mettre un terme à ces abus la loi du 31 mars 1905, modifiant l'art. 21 de la loi du 9 avr. 1898, a décidé que le rachat des pensions ne pourrait être opéré que d'après le tarif établi par la Caisse nationale des retraites.

législative ». Ce qui mérite aussi d'être noté, c'est l'action directe du ministère du Commerce, pas très régulière peut-être, mais très pressante et qui n'a pas été sans influer sur les résultats obtenus (1).

Nous pourrions emprunter aux autres matières de la législation ouvrière nombre d'exemples analogues (2). Nous ne citerons qu'un seul cas, celui de l'application de l'article 2 de la loi du 30 mars 1900. Cette loi réglemente la durée et les conditions du travail industriel des mineurs et des femmes : mais l'article final unifie les conditions du travail pour les hommes adultes occupés dans les mêmes locaux que les personnes protégées. C'est une disposition qui pouvait avoir une très grande portée et que l'interprétation restrictive de la Cour de cassation a rendu presque insignifiante. Elle entend par cette détermination : mêmes locaux, les ateliers où le travail se fait en commun et simultanément (3), de telle sorte qu'il suffit d'élever une cloison dans la même usine pour organiser deux ateliers et permettre d'éluder l'observation de la loi. On s'explique ainsi la défiance qu'inspirent aux partisans des réformes ouvrières

(1) *Journal officiel, loc. cit.*, p. 1372.

(2) Conf. Paul Pic, Les lois ouvrières et la Cour suprême. *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1904, p. 440. — Rupture ou suspension d'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves ouvrières ou des lockouts patronaux. *Revue de Droit civil*, 1905, p. 28 et 32, note 1.

(3) Cass. 30 nov. 1901. D. 1902. 1. 17.

l'esprit et les tendances de la jurisprudence civile ; tout donne à croire que cette défiance est en grande partie justifiée.

La jurisprudence fiscale n'est-elle pas faite pour suggérer à ceux qui sentent le besoin d'une justice contre l'État des sentiments de même nature ? Le contentieux des impôts est en général réservé aux juridictions administratives, — mais des textes spéciaux attribuent sa compétence à l'autorité judiciaire pour les contestations relatives à l'enregistrement, à la régie des contributions indirectes. C'est une mesure évidemment destinée à rassurer le justiciable ; mais il semble que l'État ne lui accorde cette garantie qu'avec regret et cherche à diminuer le danger qu'elle peut avoir pour lui-même en établissant toutes sortes de dérogations au droit commun. Ainsi, en matière d'enregistrement, l'instruction des demandes se fait par écrit ; il n'y a pas d'appel, pas de débats oraux, si ce n'est devant la Cour de cassation. Le rôle de la jurisprudence était en pareil cas considérable : il lui appartenait de régulariser la perception, de limiter l'arbitraire en posant des principes. Elle devait autant que possible adopter un critérium unique, faire du droit d'enregistrement une dépendance du droit civil, en subordonnant la perception à la détermination juridique de l'acte telle qu'elle résulte du droit commun. Valette, dans un article qui remonte à 1843, constatait que cette jurisprudence tendait au contraire « à se rendre de plus en plus indépendante du

droit commun (1) » : il la jugeait très sévèrement. Elle encourt aujourd'hui les mêmes reproches ; et dans un certain nombre de cas sa rigueur s'est aggravée. Elle n'a cessé de consacrer toute une série de prétentions fiscales, injustes, exceptionnelles, en prenant le contre-pied des maximes traditionnelles, *in dubio abstine* et *in dubio contra fiscum* (2). Nous citerons comme exemple les décisions qui considèrent les résolutions de droit comme de nouvelles mutations, la théorie du titre commun (3), l'exigence du droit de mutation lorsque le partage fait tomber au lot d'un associé l'immeuble apporté originairement par un autre, et même l'extension de cette théorie par un arrêt récent (4).

En exagérant l'arbitraire et l'injustice du droit fiscal, la jurisprudence n'a pas seulement méconnu le droit du contribuable : elle a compromis l'intérêt supérieur de l'État. En interprétant sans équité les lois d'impôts, on contribue à créer un état d'esprit détestable : le contribuable revendique un droit de légitime défense, et répond aux exactions par la fraude, C'est ce qui dans notre pays fait obstacle à de grandes réformes qui supposent une bonne foi réciproque,

---

(1) De la jurisprudence actuelle sur les droits d'enregistrement. VALETTE, *Mélanges*, publiés par HÉROLD et LYON-CAEN, t. I, p. 221.

(2) V. VALETTE, *loc. cit.*, p. 222.

(3) Cass., 24 mai 1894, S. 95. 1. 289.

(4) Cass., ch. réunies, 22. déc. 1904, S. 1906. 1. 97, note WAHL, — et BINET. Ex. de Jurisprudence, *Revue critique*, 1905, p. 473.

l'impôt sur le revenu, par exemple, qui, suivant le mot de M. Gide, n'est possible et tolérable qu'à ces deux conditions, que le contribuable soit honnête et que l'État le soit aussi.

II

L'importance et le mérite de la jurisprudence administrative, longtemps méconnus, ont insensiblement attiré l'attention : en les apercevant sans doute, on ne les découvrait pas. Il serait en effet injuste d'oublier que des écrivains comme Cormenin, Macarel, Vivien s'étaient parfaitement rendu compte des progrès de cette jurisprudence. Mais l'opinion n'en était pas frappée. Aucoc et Alfred Gautier donnaient davantage l'impression d'une œuvre considérable en voie d'élaboration. C'est surtout l'enseignement de M. Laferrière et la publication de son traité de la juridiction administrative qui ont opéré cette espèce « de divulgation », en montrant à la fois l'ordonnance générale, les résultats obtenus et les procédés employés. Depuis lors, toute une école doctrinale s'est associée à l'œuvre du Conseil d'État, aidant à la systématiser, la coordonner et l'interpréter. Cette croissance, ce développement de notre droit administratif ont peut-être paru plus remarquables encore à ceux qui les ont étudiés de plus loin. L'un d'eux,

le professeur anglais DICEY, a pu dire (1) qu'un « corps entier de règles et de maximes juridiques et un système complet de procédure quasi-judiciaire ont poussé en France en moins d'un siècle ».

Pour rendre cette transformation visible, il faut chercher des éléments de comparaison. Il ne suffit pas de voir comment les juridictions administratives étaient organisées et réglementées il y a cent ans; nous voudrions essayer de savoir par des témoignages précis comment elles fonctionnaient.

Nous choisirons de préférence l'époque du Consulat et de l'Empire. Ce n'est pas que la juridiction administrative date de cette époque : comme l'a dit TOCQUEVILLE (2) c'est *de l'ancien régime conservé.* La Révolution, en établissant la séparation des autorités administratives et judiciaires, n'a fait que continuer des traditions anciennes, fortifier un régime de cen-

---

(1) *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel,* trad. JÈZE, p. 471.

(2) « J'avais eu jusqu'ici la simplicité de croire que ce que nous appelons la justice administrative était une création de Napoléon. C'est du pur Ancien régime conservé; et le principe que lors même qu'il s'agit de contrat, c'est-à-dire d'un engagement formel et régulièrement pris entre un particulier et l'État, c'est à l'État à juger la cause, cet axiome inconnu chez la plupart des nations modernes était tenu pour aussi sacré par un intendant de l'Ancien régime, qu'il pourrait l'être de nos jours par le personnage qui ressemble le plus à celui-là, je veux dire un préfet. » TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes,* t. VI, p. 221).

tralisation, se défendre contre les prétentions politiques du pouvoir judiciaire. Mais c'est pendant le Consulat, sous le régime de la constitution de l'an VIII que se détermine, se consolide cette organisation. Bonaparte voulait une administration centralisée très puissante, mais toujours surveillée. Il sentait le besoin de prendre ses précautions contre elle, sachant par l'exemple de l'Ancien régime qu'une administration omnipotente et livrée à elle-même trahit les intérêts du souverain qui l'investit de son autorité. Il entendait donc maintenir un contrôle sévère sur ses agents. Il est toujours sans pitié pour ceux qui se révèlent incapables ou malhonnêtes : les actes d'improbité, les vols aux dépens du trésor sont punis inexorablement. Lui-même surveille et se rend compte de tout. On connaît l'importance des missions confiées aux conseillers d'État, inspectant tous les départements compris dans une division militaire, ayant le droit de tout observer et de tout savoir. « Le conseiller d'État, rapporte THIBEAUDEAU (1), devait prendre tous les renseignements généraux sur la situation politique, militaire et administrative des départements de la division, sur les fonctionnaires, les hommes dangereux, ceux qui inquiétaient les acquéreurs de biens nationaux, sur les fournisseurs qui dilapidaient la fortune publique, sur les hôpitaux, l'instruction publique ; sur ce qu'il y avait à faire pour rétablir les manufactures et

---

(1) *Mémoires sur le Consulat,* p.170.

le commerce dans l'état où ils se trouvaient pendant les temps les plus prospères, etc. Il était prescrit aux autorités civiles et militaires de lui rendre les honneurs et de déférer à toutes ses réquisitions. On n'y manquait guère ; par respect pour son caractère et pour obtenir ses bonnes grâces, on l'accablait de fêtes et d'hommages ».

Le Premier Consul ne se contentait pas d'exercer cette surveillance sur ses agents ; il autorisait contre eux le recours des administrés, mais seulement à certaines conditions : il restait lui-même, dans la plupart des cas, juge suprême de ces recours, et voulait pouvoir, toutes les fois qu'il le croirait utile, sacrifier la justice à la raison d'État.

Ce que pouvait être cette justice, on le sait surtout par les mémoires des membres du Conseil d'État, THIBEAUDEAU et PASQUIER, notamment.

Le Conseil d'État n'était pas à proprement parler une juridiction : tout au moins, ses attributions juridictionnelles n'étaient que la moindre partie de ses fonctions. C'était une des quatre assemblées associées à l'élaboration des lois ; c'était surtout le conseil suprême du souverain, celui qui lui inspirait le plus de confiance, dans lequel il faisait entrer l'élément le plus actif, le plus intelligent, le plus dévoué de sa clientèle. Le Corps législatif n'était compté pour rien : la Constitution le condamnait à voter en silence; sous l'Empire on oublia parfois de le convoquer. Le Tribunat avait peine à se faire pardonner l'ombre d'opposition qu'il avait essayée, et qui avait été

rapidement réprimée. Le Sénat n'avait que le prestige extérieur et devenait le refuge des dévouements vieillis, des illustrations que le pouvoir désirait honorer sans courir aucun risque : sous cette pompe se cachait une grande inanité. C'est au Conseil d'État que Napoléon se confiait le plus volontiers : il écartait tout cérémonial et parlait avec abandon. Les Mémoires de THIBEAUDEAU ont conservé l'allure, le mouvement de ces libres propos, les saillies, discussions, ripostes, interruptions, qui le montrent bien tel qu'il était. Il se plaisait ordinairement à laisser une assez grande liberté à ses contradicteurs, à ceux tout au moins que ses brusques et dures répliques n'intimidaient pas trop. C'était une sorte d'indépendance, qu'on a peut-être exagérée. On voit ce qu'elle était en se reportant aux Mémoires de PASQUIER (1), qui ne sont empreints d'aucune hostilité. Il a connu sans doute au Conseil des hommes vraiment indépendants, comme REGNAUD, BÉRENGER, TREILHARD. La majorité des membres faisait preuve d'une honnêteté moins courageuse : l'adulation était là, comme ailleurs, un moyen de se distinguer. PASQUIER signale par exemple la grande influence de DEFERMON, président de la section des finances, ancien procureur de province, esprit vulgaire, impitoyable lorsqu'il s'agissait de soutenir les intérêts du fisc, n'ayant aucun souci des engagements de l'État. « Il faut attribuer la grande faveur dont le maître honora

(1) V. notamment t. I, p. 262 et s.

M. DEFERMON à sa profonde satisfaction d'avoir rencontré un instument aussi parfaitement docile aux instructions qui lui étaient données» (1). LACUÉE, président de la section de la guerre, directeur de la conscription, est aussi aveuglé par son zèle, indifférent à tous les sacrifices exigés du pays (2). On peut suivre également la carrière de MOLÉ, ses débuts, l'habileté avec laquelle il se crée des titres à la bienveillance de l'Empereur en flattant ses préjugés.

Il faut lire dans THIBEAUDEAU les comptes rendus des réunions après l'explosion de la machine infernale. Bonaparte veut des mesures d'exécution sans jugements, même rendus par des tribunaux spéciaux. « L'action du tribunal spécial serait trop lente (3), trop circonscrite. Il faut une vengeance plus éclatante pour un crime aussi atroce ; il faut qu'elle soit rapide comme la foudre ; il faut du sang ; il faut fusiller autant de coupables qu'il y a eu de victimes, quinze ou vingt, en

---

(1) PASQUIER, t. I, p. 265.

(2) « Je n'oublierai jamais ce qu'il me dit, à ce sujet, le jour où il parut, pour la première fois, décoré du grand cordon de la Légion d'honneur. Il était dans l'enivrement de cette faveur; jamais l'Empereur ne lui avait paru si grand, et il termina l'éloge qu'il m'en fit par ces mots : Que ne deviendra pas la France sous un tel homme? Jusqu'à quel point de gloire et de bonheur ne la fera-t-il pas monter, pourvu toutefois qu'on sache tirer de la conscription deux cent mille hommes tous les ans, et en vérité avec l'étendue de l'Empire, cela n'est pas si difficile. » PASQUIER, t. I, p. 266.

(3) *Mémoires sur le Consulat*, p. 29.

déporter deux cents et profiter de cette circonstance pour en purger la République ». Le Conseil est troublé, effrayé de la responsabilité qu'on veut l'obliger à prendre. Le lourd silence est rompu par Truguet, qui tente de discuter et d'écarter de pareilles mesures. « Il faut d'abord chercher où sont et quels sont les vrais coupables » Il est interrompu par le Premier Consul, qui lui adresse une apostrophe véhémente et lève brusquement la séance. En sortant, Truguet essaye de s'excuser. Allons donc, répond Bonaparte en continuant de se retirer, « citoyen Truguet, tout cela est bon à dire chez madame Condorcet et chez Mailla-Garat, et non dans un Conseil des hommes les plus éclairés de la France (1) ». Quelques jours après, le Conseil d'Etat décidait qu'une loi n'était pas nécessaire pour prendre les mesures d'exception réclamées par le Gouvernement (2).

Enfin, qui ne connaît le récit emprunté soit aux Mémoires de PASQUIER (3), soit à ceux du comte de RAMBUTEAU (4), et si souvent cité, de la scène de colère inouïe contre PORTALIS, brutalement interpellé et chassé du Conseil d'État ? « A mesure que (l'Empereur) avançait, le son de sa voix, son geste, sa physionomie prenaient un caractère plus effrayant,

---

(1) *Mémoires sur le Consulat*, p. 33.

(2) V. le texte de la délibération dans les Mémoires de THIBEAUDEAU, p. 49.

(3) PASQUIER, t. I, p. 442-445.

(4) *Mémoires* du comte de RAMBUTEAU, p. 70.

et quand il eut fini, tout le monde resta muet d'épouvante et de stupéfaction (1).»

Il convient de ne pas oublier cela, quand on veut savoir quelle justice pouvait rendre un corps ainsi constitué.

A cette époque, le Conseil d'État était saisi de deux sortes de réclamations; celles qui lui étaient renvoyées par l'Empereur, lorsqu'il avait reçu quelque plainte contre un acte de ses fonctionnaires et que cette plainte lui paraissait grave (2), — les recours formés directement par des particuliers. Ces recours contentieux ne tardent pas à se distinguer des recours hiérarchiques : le décret du 11 juin 1806 institue une commission particulière, le Comité du contentieux, présidé par le grand juge et composé d'un certain nombre de maîtres des requêtes et d'auditeurs; c'est à ce Comité qu'est confié le soin d'instruire et de préparer le rapport des affaires litigieuses. Il est certain que cette pratique devait avoir et qu'elle eut en effet des résultats très importants et très heureux. Elle diminua la part de l'arbitraire et contribua à la création d'une jurisprudence : l'exercice régulier des

---

(1) PASQUIER, t. I, p. 443. «Le spectacle de la toute-puissance, qui brise et écrase ainsi sa victime sans lui laisser le temps ni les moyens de se défendre, a quelque chose de désespérant. Il blesse au cœur les sentiments les plus respectables, il révolte les consciences les plus soumises », p. 445.

(2) PASQUIER, t. I, p. 261.

fonctions judiciaires, comme on l'a dit (1), produit normalement cet effet.

On n'était pas cependant sans faire de larges concessions aux violences de la politique, aux exigences de la raison d'État. On avait alors un médiocre souci des engagements de l'État, — et du reste la résistance que pouvait opposer l'institution d'une simple commission n'était pas bien considérable. Le Comité du contentieux, bien qu'il fût placé sous la présidence du grand juge, ne comptait aucun conseiller d'État; ce n'était pas une section du Conseil, — il ne faisait que préparer l'instruction des affaires, et le Conseil d'État n'avait lui-même qu'une justice retenue.

Empruntons quelques exemples aux Mémoires du chancelier PASQUIER.

Un entrepreneur de Rouen s'était engagé à construire un certain nombre de prames, bateaux destinés à transporter sur la côte d'Angleterre l'armée réunie

---

(1) DICEY, *Introd. au Droit constitutionnel*, p. 470. —PASQUIER, t. I, p. 261. «Le Comité du contentieux mit fin à ce désordre et parvint, en fort peu de temps, à établir une bonne jurisprudence sur la limite qui devait séparer l'action des pouvoirs administratifs et judiciaires. Les ministres eux-mêmes ne furent pas à couvert des avis de ce Comité, confirmés par le Conseil d'État, et plusieurs particuliers y trouvèrent un appui très précieux pour l'exécution des marchés qu'ils étaient dans le cas de conclure avec les différents ministères. Ce n'est pas que je prétende dire que tout ce qui aurait dû être fait à cet égard l'ait été ».

à Boulogne. Aux termes du contrat, les paiements représentant le prix des prames étaient échelonnés et devaient s'effectuer par fractions. Les premiers termes avaient été régulièrement soldés. Mais lorsqu'on eut abandonné le projet de descente en Angleterre, les bateaux devinrent inutiles, et l'Administration de la marine cessa de continuer les paiements. L'entrepreneur, après de vaines supplications, s'adresse au Conseil d'État. Le grand juge communique la requête au ministre de la Marine, DECRÈS, et réclame l'envoi du dossier. Sa demande reste sans réponse. Au bout d'un certain temps, il charge PASQUIER, alors maître des requêtes et membre de la commission, chargé du rapport de renouveler sa réclamation. PASQUIER se rend au Ministère et s'adresse au chef de division. « C'était M. JURIER, homme d'un vrai mérite et du caractère le plus honorable. Etonné de son air embarrassé et de ses mauvaises raisons, j'insistai. Ne voyant aucun moyen d'éluder davantage : « Vous allez juger, me dit-il, si je puis vous communiquer un pareil dossier ». Je vis alors les demandes de l'entrepreneur accompagnées des rapports de la division, tous plus favorables les uns que les autres, mais sur lesquels M. DECRÈS pour toute décision s'était contenté de mettre en marge : « Qu'il aille se faire f... » et au bout de cette belle phrase se trouvait scrupuleusement apposé son parafe (1) ». La commission du contentieux se passa

(1) PASQUIER, t. I, p. 316.

du dossier et se prononça en faveur du constructeur: le Conseil d'État adopta son avis, mais le ministre intervint et le décret nécessaire pour rendre exécutoire la décision du Conseil d'État ne fut jamais rendu (1).

On s'est donc trompé (2) quand on a cru qu'il n'y avait qu'une différence nominale entre la justice retenue, la justice déléguée, et qu'en réalité, aucun gouvernement n'avait jamais refusé d'approuver les projets de décisions contentieuses émanant du Conseil d'État. PASQUIER constate que ces sortes d'abus n'étaient pas extrêmement rares (3). « Ce que M. DECRÈS avait fait dans l'occasion que je viens de rapporter et relativement au constructeur de prames, M. DEFERMON y est parvenu aussi plus d'une fois pour des décisions prises par le Conseil contre ses conclusions et contre l'avis du comité des finances, dans lequel il régnait despotiquement ».

Si la responsabilité du Conseil d'État n'était pas

---

(1) PASQUIER, *loc. cit.*, p. 316.

(2) « On ne cite pendant cette période aucune décision contentieuse dont la teneur ait été modifiée ou l'exécution retardée par le Chef de l'État, bien qu'il fût censé prononcer lui-même ces décisions et ne les rendit définitives que par sa signature ». LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édition, t. I, p. 218. « Jamais le Gouvernement n'a osé modifier les décisions du Conseil d'État en matière contentieuse ». E. ARTUR, Séparation des pouvoirs et des fonctions. *Revue de Droit public*, 1903, t. XX, p. 498, note 1.

(3) PASQUIER, *loc. cit.*, p. 317.

engagée dans ces sortes de cas, il en est d'autres où tout donne à penser qu'il s'est associé aux injustices voulues par le Gouvernement. C'est encore PASQUIER qui nous rapporte l'attristante histoire du consul PICHON, qui a recueilli et rapatrié les débris de l'expédition de Saint-Domingue et se voit contraint, par le mauvais vouloir de l'Administration, de réclamer le remboursement des avances personnelles qu'il a faites. Sa demande, contrairement aux propositions de la commission du contentieux, fut repoussée par le Conseil d'État, et PASQUIER n'hésite pas à dire qu'en cette circonstance le Conseil se fit l'instrument d'une vengeance de Napoléon (1).

(1) «M. PICHON obtint de venir lui-même plaider sa cause devant le Conseil. Il le fit avec une rare habileté et une présence d'esprit imperturbable. Sa défense occupa deux séances; elle était selon moi sans réplique. Il fut cependant condamné et cette fois la majorité du Conseil se laissa entraîner. L'Archichancelier y contribua beaucoup. La question cependant avait été fort débattue; M. REGNAUD ne s'y était pas épargné et les maîtres des requêtes qui, ordinairement, prenaient peu de part à la discussion des affaires lorsqu'elles n'étaient pas rapportées par l'un d'eux, n'avaient pas craint de s'engager dans celle-ci. M. LOUIS parla ainsi que moi, à plusieurs reprises, contre l'avis du rapporteur, mais nos efforts échouèrent complètement, et on est ici forcé de reconnaître que dans cette occasion le Conseil d'État fut l'instrument d'une vengeance de Napoléon; il ne pouvait pardonner à son consul ne n'avoir pas su empêcher le mariage de son frère Jérôme, ce mariage qu'il avait si despotiquement annulé depuis, mais qui ne lui en avait pas moins causé beaucoup d'embarras. Le motif de la poursuite et

Il convient toutefois de reconnaître que si le courage du Conseil d'État a quelquefois faibli, l'Empereur reste seul responsable des abus d'autorité qui ont soulevé le plus de réprobation. Ainsi le décret du 14 août 1813 prononçant l'annulation d'un arrêt de la Cour d'assises de Bruxelles, qui avait acquitté les administrateurs de l'octroi d'Anvers, accusés de concussion, a été rendu sans la participation du Conseil d'État. Il faut également constater que le Conseil et le Gouvernement, qui sont maîtres de limiter comme il leur plaît les attributions des autorités judiciaires, abusent du conflit beaucoup moins qu'on ne l'avait fait sous la Révolution. Au reste le conflit qui tend à dessaisir le juge n'est pas le seul procédé de coercition que l'on ait contre lui. On a plus d'un moyen de lui retirer en fait le bénéfice de l'inamovibilité qu'il possède en droit (1) ; on prononce contre certains magistrats des censures, on ordonne qu'ils se rendront à la suite du Conseil d'État (2). On

---

de la condamnation n'en était que trop certain, et il fut encore plus évident par l'obligation, qui se trouva naturellement imposée au roi Jérôme, d'accorder peu de temps après un dédommagement au malheureux M. Pichon, presque entièremenr ruiné par le décret rendu contre lui et privé d'un poste qu'il avait honorablement rempli ». Pasquier, *loc. cit.*, p. 319.

(1) Sénatus-consulte du 12 oct. 1807. Décrets du 24 mars 1808 et 10 déc. 1810. Conf. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. I, p. 206.

(2) Ex. Arrêté rendu à l'occasion d'un conflit, le 15 brum. an X, rapporté par Cormenin, Questions de Droit administr., v°,

trouve dans THIBEAUDEAU (1) le compte rendu très curieux d'une séance où l'on discute au Conseil d'État le mode d'après lequel le Tribunal de cassation rendra au Gouvernement le compte annuel de ses travaux. Une députation du Tribunal viendra présenter ce compte aux Consuls en présence des ministres et du Conseil d'État: suivant le vœu de la loi, le rapport peut et doit comprendre les observations sur les abus dans l'administration de la justice et l'amélioration des lois. La question se pose de savoir si le Gouvernement répond à ces observations, s'il donne des instructions aux magistrats. RŒDERER soutient qu'il convient de donner une direction à l'administration de la Justice: « La surveillance et la subordination, dit-il, ne blessent en rien l'indépendance (2) ». Le Premier Consul n'admet pas qu'on demande compte aux juges des motifs de leurs jugements : on se borne à prendre connaissance de leurs observations. Si le rapport du Tribunal « contient des choses étrangères à l'administration de la Justice, le Gouvernement ne le recevra pas, ou bien le Premier

---

Conflits. Ed. 1822, t. I, p. 207, n° 1. « Considérant qu'avant de recourir à des mesures plus sévères, il importe au Gouvernement de savoir si la conduite du Tribunal d'appel du département du Doubs n'est que l'effet d'une simple erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable. Art. 1er. Les jugements sont déclarés comme non avenus. Art. 2. Le Président se rendra à la suite du Conseil d'État ».

(1) *Mémoires sur le Consulat*, p. 172 et s.

(2) THIBEAUDEAU, *loc. cit.*, p. 173.

Consul dira: Avocats, à l'ordre! mêlez-vous de Justice et non pas de Finances, etc. Si le compte ne concerne que la Justice, on ne sera pas embarrassé pour y répondre (1).»

Sous la Restauration, les choses vont-elles beaucoup changer? Le Conseil d'État est considérablement amoindri: il cesse d'être un des grands pouvoirs de l'État; la Constitution ne le mentionne pas. Son organisation est réglée, remaniée par des ordonnances. On ne sait si ses attributions en matière d'interprétation des lois ne lui sont pas enlevées; tout au moins, il n'est plus en fait associé à leur préparation. Les sections correspondant aux principaux ministères, au lieu de les contrôler, se subordonnent à eux. Ces changements avaient du moins pour effet de donner plus d'importance aux attributions contentieuses, de développer le côté juridictionnel et contribuer à faire du Conseil un véritable Tribunal. C'est ce qui se produit en effet par la force des choses: suivant le mot que nous avons déjà cité, l'exercice répété des fonctions judiciaires crée la mentalité du juge. Ainsi le Conseil fait preuve d'indépendance en défendant contre les revendications des anciens possesseurs les droits des acquéreurs de biens nationaux.

Mais toutes les mesures prises contre lui rendent cette indépendance plus difficile.

La situation des conseillers est extrêmement pré-

(1) THIBEAUDEAU, *loc. cit.*, p. 173.

caire; d'après l'ordonnance du 23 août 1815, le roi fait dresser le 1er janvier de chaque année le tableau général des personnes auxquelles il lui a plu de conférer le titre de conseiller d'État; il suffit pour exclure un conseiller de ne pas l'inscrire sur cette liste. Une simple indication permet d'apprécier la fréquence des mutations: le tableau du personnel sous la seconde Restauration n'occupe pas moins de treize pages dans le livre de M. AUCOC sur le Conseil d'État (1). Aux conseillers en service ordinaire viennent se mêler des conseillers en service extraordinaire, fonctionnaires en exercice, parmi lesquels un certain nombre est appelé à participer aux travaux du Conseil. Les affaires litigieuses instruites et rapportées par la section du contentieux sont soumises à l'Assemblée générale, dans laquelle figurent des conseillers en service extraordinaire, des ministres (2). Quelles garanties donnaient aux justiciables une pareille organisation?

Ce n'était pas encore assez pour rassurer les ministres, qui redoutaient, dit CORMENIN (3), l'ombre de ce Conseil. Le Roi se réserve la faculté de dessaisir son Conseil d'État quand il lui plaît, et d'évoquer devant le Conseil des ministres ou *Conseil d'en*

---

(1) P. 327-339.

(2) Conf. CORMENIN, *Droit administr.*, t. I, p. 6; LAFERRIÈRE, *Traité de la Juridiction administrative*, 2e éd., t. I, p. 226 et s.; AUCOC, *Le Conseil d'État*, p. 101,

(3) *Loc. cit.*, p. 7.

haut(1) « toutes les affaires du contentieux de l'Administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général ».

Essayant vainement d'apaiser la défiance des royalistes, le Conseil d'État ne faisait que s'attirer l'hostilité des libéraux, qui lui reprochaient son attitude, la timidité avec laquelle il examinait les recours contre les abus de l'Administration, ne se bornant pas à les repousser, allant parfois jusqu'à condamner à l'amende les avocats, qui s'étaient permis d'introduire les pourvois (2).

---

(1) Ordonnance du 29 juin 1814, art. 7, § 2 et ordonnance du 19 avr. 1817.

(2) L'article 49 du décret du 22 juill. 1806 édictait des peines disciplinaires et des amendes contre les avocats coupables d'avoir introduit des pourvois téméraires, en présentant notamment comme contentieuses des affaires qui ne l'étaient pas. L'Empire s'était contenté d'une menace. M. LAFERRIÈRE (*Traité de la juridiction administrative,* 2e éd., t. I, p. 229 et note 2), signale sous la Restauration, de 1822 à 1825, plusieurs applications de cette disposition, les seules qui aient jamais été faites. On mentionne parmi les pourvois jugés répréhensibles les recours formés contre des nominations de fonctionnaires « considérant que l'exercice du droit de nomination à un emploi public ne peut dans aucun cas donner lieu à un pourvoi par la voie contentieuse ». On sait qu'actuellement les mêmes pourvois, non seulement ne se heurtent plus à aucune fin de non recevoir, — mais les nominations irrégulières sont annulées. On peut mesurer par là le chemin parcouru. Tout le changement des idées, toute la transformation de la jurisprudence administrative tiennent dans l'opposition entre ces deux faits, — la condamnation prononcée contre l'avocat, qui a osé introduire le pourvoi, — et le succès de ce pourvoi.

On ne se plaignait pas moins vivement de l'abus des conflits : c'était presque le même arbitraire qu'au temps du Directoire. En toutes matières, dès qu'une décision des tribunaux judiciaires déplaisait à l'Administration on recourait à l'arme du conflit. On comptait en moyenne, de 1799 à 1814, 65 à 70 conflits par an ; en 1827 et dans les premiers mois de 1828 le nombre s'élevait 300 (1).

C'est en raison de ces abus et pour calmer l'opposition qu'on se décida à prendre des mesures restrictives en réglementant les conflits par l'ordonnance du 1er juin 1828.

Sous la pression de l'opinion publique, un progrès très important allait être accompli. C'est peut-être à cette concession qu'est due la conservation de la justice administrative. Au lendemain de la Révolution de Juillet le pouvoir passait aux mains d'hommes qui pour la plupart étaient les adversaires de cette juridiction Le duc de Broglie, appelé à la présidence du Conseil d'État, avait lui-même, en 1828, demandé la suppression de la justice administrative (2). Sans doute, des motifs d'un ordre inférieur contribuèrent à la sauver. Un parti qui prend le pouvoir ne supprime pas volontiers l'instrument d'injustice ou

---

(1) LAFERRIÈRE, *Tr. de la juridiction administrative,* t. I, 2e éd., p. 230.

(2) Article publié dans la *Revue française* (mars 1828) : on doit à la vérité d'observer que les conclusions de cet article comportaient certaines réserves.

d'abus, dont il a souffert ; il est plutôt tenté d'en user contre ses adversaires. En outre, on ne peut pas laisser par une brusque suppression un service public en souffrance : un corps qui s'acquitte mal de sa fonction a pourtant son utilité, accomplit une certaine besogne. Pour le supprimer il faut pouvoir le remplacer. Bien que la Charte ne fît pas mention du Conseil d'État, il fut provisoirement maintenu. Une Commission nommée dès le mois d'août 1830 en vue d'étudier la question se rend compte qu'il est plus facile d'améliorer que de créer quelque chose de nouveau. Ceux qui ont été associés à l'élaboration de la jurisprudence administrative ou qui l'ont étudiée interviennent pour la défendre, et s'attachent à démontrer qu'il y a là une spécialisation nécessaire, que les institutions existantes ne sont pas fatalement mauvaises, qu'elles sont modifiables et perfectibles. Après cette crise passée, on peut dire qu'en France la cause de la juridiction administrative est gagnée. Elle n'a jamais été depuis sérieusement menacée ; tous les gouvernements ont eu seulement la prétention de l'améliorer. A la vérité, le progrès n'est pas continu : il y a eu des réactions, des reculs, spécialement au début du second Empire. Mais d'une façon générale il y a une tendance favorable : l'organisation administrative se débarrasse insensiblement de tout le poids mort qui l'entravait. Les réformes ont été réclamées par l'opinion, lentement concédées par le Gouvernement, favorisées par les efforts des membres du Conseil d'État : c'est ce qui est surtout digne

de remarque. Les conseillers d'État choisis parmi les amis du pouvoir, trop souvent mal préparés à rendre la justice, ont eu l'ambition de devenir de véritables juges et se sont comportés comme tels.

III

Nous n'essayerons pas d'esquisser à grands traits l'évolution de l'organisation de la procédure et de la jurisprudence administratives: nous trouvons ce résumé tout fait et beaucoup mieux fait dans les traités et les monographies des maîtres actuels du droit administratif (1). Nous le prenons donc comme point de départ, comme matière et sujet d'étude. «La limitation des matières administratives, du pouvoir administratif, dit M. Gaston JÈZE (2), limitation qui a été la caractéristique de l'évolution au cours du XIXe siècle, a été favorisée par le concours de trois circonstances principales : 1° la réglementation du conflit positif d'attributions; 2° l'organisation juridictionnelle donnée aux agents administratifs

(1) HAURIOU, Les éléments du contentieux. *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 1-98; JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899 ; *L'évolution de la procédure administrative*, 1903; ARTUR, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *Revue de Droit public*, 1900-1903.

(2) Les principes généraux du droit administratif. *Revue d'administration*, 1904, t. I, p. 144.

chargés de statuer sur les recours; 3° l'atténuation de l'immunité de responsabilité des agents et des patrimoines administratifs ».

Ainsi le premier progrès caractéristique c'est l'institution d'un certain nombre de garanties en matière de conflits d'attributions, règles édictées par l'ordonnance de 1828, institution d'un tribunal spécial en 1848, supprimé par le second Empire et rétabli en 1872. Mais ces garanties sont moins complètes qu'elles ne paraissent. L'ordonnance de 1828 n'admet pas le conflit en matière criminelle, et ne l'autorise en matière correctionnelle qu'exceptionnellement et dans des cas déterminés (1); mais l'exception est tellement compréhensive que le conflit, alors même qu'un tribunal correctionnel est saisi, reste encore très souvent possible. On s'en est aperçu en 1880, lors de l'exécution des Décrets. Dans la composition du tribunal des conflits, il n'y a qu'un équilibre apparent entre les deux pouvoirs; en réalité, l'influence de l'administration reste prépondérante. Les conseillers d'État nommés par le pouvoir exécutif ne

(1) « Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle». Ordonnance du 1er juin 1828, art. 2.

sont pas légalement inamovibles. La présidence conférée au Garde des Sceaux associe la politique à la justice. On dit bien qu'en fait le Garde des Sceaux s'abstient de siéger, mais lorsqu'il use de son droit, sa présence peut exciter d'autant plus la juste défiance des parties. Celles-ci n'ont même pas la ressource de proposer sa récusation, s'il a précédemment donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend : le tribunal des conflits a décidé qu'en pareille matière les parties assistent à l'instance, mais n'y participent pas (1).

Le second progrès a consisté à donner à la justice administrative les garanties d'une justice régulière : séparation de l'administration active et de l'administration juridictionnelle, spécialisation dans la juridiction, substitution de la justice déléguée à la justice retenue, débat oral et publicité des audiences. Mais on peut faire encore ici la même observation : la justice administrative est encore à bien des points de vue dans une condition d'infériorité. Nous avons dit déjà qu'aucune inamovibilité n'est attachée aux fonctions juridictionnelles. La confusion de l'administration délibérante et de l'administration juridictionnelle n'a pas absolument cessé. Les membres de la section du contentieux sont des conseillers d'État en service ordinaire : pour constituer l'assemblée générale du contentieux, on emprunte des conseillers aux sections

(1) Tribunal des conflits, 4 nov. 1880, S. 81. 3. 81.

administratives (1). La confusion est encore plus marquée dans les Conseils de préfecture : le même corps est investi de fonctions administratives et de fonctions de juridiction ; le préfet n'a pas perdu le droit de présider, bien qu'il n'en use guère. Il a d'ailleurs une autorité suffisante pour que l'exercice de cette prérogative lui devienne inutile. Ce qu'a signalé aussi M. JAQUELIN, c'est que l'instance administrative a gardé le souvenir de son origine, la marque de ce qu'elle était primitivement, un simple recours gracieux concédé aux parties, plutôt que la sanction d'un véritable droit. La procédure est encore partiellement occulte et principalement écrite. Le juge intervient activement dans la direction du procès : si son impartialité était hors de cause, ce serait peut-être un avantage, mais cette intervention devient singulièrement dangereuse, si les deux plaideurs ne sont pas au regard de l'arbitre dans des conditions de stricte égalité. Pour tout dire, la justice administrative donne encore trop l'impression d'un bureau qui statue sur des réclamations, plutôt que celle d'un vrai tribunal.

Si la limitation, la réglementation des conflits, l'ins-

---

(1) Il y a plus : la nouvelle section dite section temporaire du contentieux créée par la loi du 26 nov. 1888 n'a pas une véritable individualité : tous ses membres appartiennent aux sections administratives, et s'acquittent par surcroît de leur service au contentieux. (V. la communication de M. R. WORMS, La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles. *C. R. des séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, t. II, p. 650.)

titution des garanties juridictionnelles ont été avant tout l'œuvre de la loi, on peut constater au contraire que c'est principalement à la jurisprudence qu'est due la dernière amélioration, la seule qui compte en pratique la possibilité d'obtenir réparation du préjudice causé par un acte administratif ou par le fait personnel d'un agent de l'Administration.

On sait que la responsabilité directe du fonctionnaire, qui paraît être et qui est en effet dans les pays anglo-saxons le mode normal de dédommagement du préjudice injustement occasionné par une administration à un particulier, n'a jamais réussi à pénétrer dans notre droit; tout au moins, il n'a jamais été admis qu'à titre exceptionnel. L'État, les services publics ont toujours défendu leurs agents. Sous l'ancien régime, le Roi, par la pratique des évocations, affirmait sa volonté de soustraire ses intendants à la justice des Parlements. Par réaction contre ce genre d'abus la Révolution s'élève contre cette tradition et pose en principe, dans la Déclaration des droits de l'homme (1), que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Mais l'esprit d'autorité, la défiance envers le pouvoir judiciaire amènent presque aussitôt à restreindre singulièrement la portée de ce principe. La loi des 7-14 octobre 1790 décide « qu'aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fontions, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'auto-

(1) Déclaration du 26 août 1789, art. 15.

rité supérieure conformément aux lois ». On inaugure ainsi le système de l'autorisation administrative qui sera consacré, consolidé par le fameux article 75 de la Constitution de l'an VIII (1). En fait, ce système rendra presque impossible l'exercice des poursuites contre les fonctionnaires : sous le second Empire, en douze ans, de 1852 à 1864, on accueille à peu près une demande sur huit, 34 sur 264 (2). Après le 4 septembre, l'abrogation de l'art. 75 depuis si longtemps réclamée par les partis d'opposition est enfin prononcée (3); la formule d'abrogation paraît formelle, elle ne comporte ni distinction, ni réticence. Il semble qu'il n'y ait plus désormais aucune entrave possible; la Jurisprudence paraît de prime abord décidée à ne pas apporter de restrictions à la liberté des poursuites. Mais voici la surprise de l'arrêt PELLETIER (4) : le Tribunal des conflits rappelle à ceux qui l'oubliaient que la suppression de la garantie administrative laisse intact le principe de la séparation des pouvoirs. Nonobstant cette abrogation, il demeure interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des *actes administratifs* : si le préjudice causé aux particuliers résulte

---

(1) « Les agents du Gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État. En ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux judiciaires ».

(2) JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 128.

(3) Décret du 19 sept. 1870.

(4) Tribunal des conflits, 30 juill. 1873, S. 74. 2. 28.

d'un acte auquel peut s'appliquer cette qualification, l'action en réparation intentée contre le fonctionnaire peut être suspendue par un arrêté de conflit. C'est ainsi qu'ont pu être soustraites à la compétence des tribunaux judiciaires toutes les actions formées contre les agents d'exécution par les congrégations dissoutes par les décrets de 1880. Il importe assez peu que les actes incriminés puissent être considérés comme des crimes ou des délits. Nous savons que les conflits sont presque toujours possibles en matière correctionnelle : on peut donc aisément faire échec au droit de citation directe exercé par la partie lésée devant le tribunal répressif. En matière criminelle, le conflit, il est vrai, n'est pas autorisé ; mais l'action publique n'appartient qu'au ministère public, qui est avant tout le représentant du pouvoir. L'administré paraît donc complètement désarmé : ingénieusement agencé et manié, le système de la jurisprudence aboutit au déni de justice.

Et pourtant, il s'en faut qu'il en soit ainsi.

D'abord, le fonctionnaire n'est défendu que s'il reste dans l'exercice de sa fonction administrative. Pour que le conflit puisse être élevé, il est nécessaire que le préjudice ait été causé par un *acte administratif*. S'il y a *fait personnel* du fonctionnaire, si ce dernier s'est mis en quelque sorte hors de sa fonction, le droit commun reste applicable ; les tribunaux judiciaires sont compétents (1). Cette distinction entre

(1) V. Cass. 10 mars 1903, S. 1903. 1. 455. — Conf. HAURIOU, *Précis de Droit administr.*, 5e édit., p. 250.

l'acte administratif et le fait personnel peut être dans certains cas difficile à préciser : elle est souvent très nette. Nous voyons par exemple un fonctionnaire colonial condamné à dix mille francs de dommages-intérêts pour avoir mis en interdit un colon habitant sur son territoire (1), une condamnation à 1200 francs d'indemnité prononcée par la Cour de Rennes contre un maire qui a subordonné la délivrance d'un permis d'inhumer à la condition que le corps d'un suicidé serait enterré dans une partie du cimetière communal réservée par la tradition aux personnes privées de sépulture religieuse (2).

D'autre part, la jurisprudence du Conseil d'État ouvre aux particuliers deux voies de recours : le recours pour excès de pouvoir, qui permet de faire prononcer l'annulation de l'acte contraire à la loi impliquant abus ou détournement de pouvoir, l'action en responsabilité contre le patrimoine administratif, lorsque le préjudice résulte du fait de la fonction (3). Ainsi, dans une affaire jugée il y a quelques années, un propriétaire demandait réparation du dommage causé par un ensemble de mesures abusives prises dans le but d'incorporer au domaine public une sablière à lui

---

(1) Affaire Lagryfoul, Cour de Tananarive, 25 mars 1903, *Tribune des Colonies*, 1903, n. 148, p. 363.

(2) Rennes, 13 déc. 1904, S. 1905. 2. 76.

(3) Ne faut-il pas que ce fait constitue en même temps une faute de service? (V. sur ce point la note très suggestive de M. Hauriou, C. d'Etat, 10 août et 17 févr. 1905, S. 1905. 3. 113.)

appartenant. On a considéré qu'il y avait eu dans ce cas non pas le fait personnel d'un agent, mais une faute de service. Le Conseil d'État a admis la responsabilité pécuniaire de l'Administration (1).

A la vérité, cette responsabilité affecte un caractère exceptionnel Lorsque la loi n'a pas formellement consacré le droit à une réparation (2), l'État n'est pas lié par une obligation juridique : l'indemnité accordée par le Conseil d'État n'est qu'une mesure de réparation équitable, bienfaisante, une sorte de recours gracieux.

La responsabilité de l'État, à raison du fait des personnes qu'il emploie « n'est ni générale, ni absolue ; elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». (3)

Quoi qu'il en soit, on ne peut refuser de reconnaître la valeur effective et l'importance des résultats obtenus. Dans son ensemble le système de la jurisprudence comporte des garanties équivalentes et peut-être supérieures à celles que pourrait donner le droit de poursuite illimité exercé contre les agents.

---

(1) Affaire Olivier et Zimmermann, C. d'État, 27 févr. 1903, S. 1905. 3. 17 et la note de M. Hauriou.

(2) Loi du 8 juin 1895 sur la révision des procès criminels et correctionnels; Loi du 20 juil. 1899 sur la substitution de la responsabilité civile de l'État à celle des membres de l'enseignement public.

(3) C. d'État, arrêt Blanco, 3 févr. 1873, D. 73. 3. 20.

Comme l'a dit M. JÈZE (1), « il n'y a aucun intérêt légitime à faciliter les poursuites irréfléchies contre les fonctionnaires, et il y a un inconvénient grave à laisser ceux-ci exposés à des tracasseries injustes, qui pourraient anéantir chez eux l'esprit d'initiative ». L'essentiel est que la distinction du fait personnel et du fait de service soit laissée à l'appréciation d'un Tribunal offrant des garanties d'indépendance, et que, d'une façon ou d'une autre, toute injustice puisse être réparée

Il ne faut pas croire cependant qu'à tous égards le droit administratif soit devenu un véritable droit : quand on considère ce qu'il était et ce qu'il est, on est tenté de se faire illusion. On voit les progrès accomplis : on oublie volontiers les prérogatives que la puissance publique entend se réserver.

Rappelons-les brièvement :

1° Tous les actes du pouvoir exécutif ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels : on fait exception pour une catégorie mal définie, celle des actes de gouvernement. C'est le domaine réservé de la raison d'État : on l'a endiguée, resserrée, on ne l'a pas supprimée. Et cette notion ne comporte pas de critérium précis ; on ne peut citer que des exemples : décrets convoquant ou ajournant les Chambres, extradition ou expulsion d'un étranger, pendant longtemps mesures de haute police, spécialement mesures prises contre les dynasties déchues. Il faut noter

(1) *Revue d'administr.*, loc. cit., 1904, 1. 149, n. 1.

l'effort constant pour limiter le nombre des exceptions. Sous le second Empire, l'arrêt sur conflit du 18 juin 1852 (1) refusait aux tribunaux le droit de connaître des réclamations contre le décret de confiscation des biens de la famille d'Orléans, « acte politique et de gouvernement dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire ». Au contraire, en 1887 (2), le Conseil d'État annule les décisions prises contre les princes MURAT rayés des contrôles de l'armée par le ministre de la Guerre. De même le Tribunal des conflits (3) refuse au Gouvernement tous les pouvoirs exceptionnels contre les membres des dynasties déchues que la loi du 27 juin 1886 ne lui aurait pas expressément conférés.

2° Les créanciers de l'État et des administrations publiques, ceux mêmes qui obtiennent des jugements de condamnation, ne peuvent recourir aux mesures d'exécution forcée édictées par le droit commun. Il est interdit de pratiquer en pareil cas aucune espèce de saisie : l'huissier qui prêterait son ministère encourrait même, en vertu de certaines lois spéciales, les peines de l'amende et de l'interdiction (4).

---

(1) D. 52. 3. 17.

(2) 20 mai 1887, S. 89. 3. 10.

(3) 25 mars 1889, S. 91. 3. 32. — BRÉMOND, *Rev. crit.*, 1891, p. 135.

(4) Loi sur les douanes du 22 août 1791 (titre XII), art. 9. Conf. LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, t. I, 2e éd., p. 347.

Ce privilège s'explique assurément par des raisons plausibles : il est impossible de mettre l'Administration en liquidation, de paralyser le fonctionnement des services publics. Ce qu'il a de plus dangereux, c'est qu'il est démoralisant : il implique et accrédite l'idée qu'il n'y a pas de justice contre l'État. On admet, il est vrai, de notables tempéraments lorsqu'il s'agit des départements et des communes L'exécution n'est plus alors entièrement volontaire. L'Administration supérieure peut intervenir, inscrire d'office un crédit suffisant pour acquitter la dette, établir des contributions extraordinaires, ou même, lorsqu'il s'agit des communes, autoriser par décret les ventes de biens « autres que ceux servant à l'usage public » (1). On a même soutenu et parfois décidé que le créancier d'une commune porteur d'un jugement de condamnation pouvait prendre sur les immeubles du domaine communal privé une inscription d'hypothèque judiciaire. Mais c'est un moyen bien incertain et d'une légalité douteuse (2).

3° Une autre prérogative singulièrement grave, c'est le privilège de l'exécution préalable qui consiste principalement dans la faculté de prendre des décisions immédiatement exécutoires sans recourir

---

(1) Loi du 5 avr. 1884, arr. 110.

(2) Conf. HAURIOU, 5e éd., p. 750. — Pour l'affirmative, Agen, 18 juill. 1892, S. 94 2. 1, et la note de M. MICHOUD. — En sens contraire, Tribunal Seine, 7 févr. 1895. *Revue d'administration*, 1895, t. III, p. 274 ; BRÉMOND, *Rev. crit.*, 1893, p. 645.

à l'intervention des tribunaux ; mesures de police, résiliation d'un marché, recouvrement d'une créance, délimitation d'une propriété. Un particulier, dans tous ces cas, devrait s'adresser au juge : l'Administration s'en dispense. Pour délimiter son domaine, elle prend un arrêté de délimitation ; elle prononce elle-même la résiliation d'un marché, met une entreprise en régie, rend les rôles d'impôts exécutoires et contre les retardataires agit par des contraintes sans autorisation judiciaire : le seul droit du contribuable est de faire opposition dans un délai généralement très court.

Dans une certaine mesure, un pareil privilège peut être justifié par la nécessité d'assurer la continuité des services publics, d'éviter toute suspension, tout arrêt d'une fonction nécessaire à la vie collective. Mais il est bien certain que des limitations s'imposent : on encourage d'intolérables et inutiles abus, on humilie la justice en donnant cette toute puissance à l'Administration, en lui permettant de placer toujours les parties en présence d'un fait accompli. Ce qui manque au droit administratif, comme l'a reconnu M. HAURIOU (1), c'est l'institution d'une

(1) « Dans la vie administrative les questions urgentes et provisoires se présentent souvent et il faut reconnaître qu'il n'y a pas de juge auquel les administrés puissent s'adresser pour les faire trancher ; l'Administration les tranche elle-même en exécutant ses décisions par mesure de haute police ou en apportant spontanément un sursis à leur exécution. » *Précis de Droit administratif*, 5e éd., Introduction, p. 19.

juridiction et d'une procédure analogues à celle des référés. En attendant, la jurisprudence admet tout au moins un correctif au privilège de l'exécution préalable : c'est la responsabilité de l'Administration, lorsqu'elle agit injustement ou même imprudemment. De nombreuses décisions ont admis qu'une administration publique, qui a pris à tort des mesures d'exécution préjudiciables, pouvait être condamnée à des dommages-intérêts. Dans l'affaire Olivier-Zimmermann que nous avons déjà citée et qui est un exemple curieux de combat pour le droit, un préfet avait fait exécuter un arrêté de préfecture frappé d'appel ; le Conseil d'État a jugé que le préfet, en usant de son droit, l'avait exercé aux risques et périls de l'administration, et a condamné celle-ci, après annulation de l'arrêté, à des dommages-intérêts (1).

De pareils tempéraments atténuent, mais ne suppriment pas les dangers de ces prérogatives, qui sont comme la consécration légale d'une différence de fait. Et c'est là qu'est la véritable infériorité de la justice administrative : elle n'établit pas d'égalité entre les deux parties. Pour s'en rendre compte, on peut lire avec profit le rapport et la discussion d'un projet de loi portant ouverture des crédits nécessaires pour exécuter un certain nombre de décisions rendues contre l'État. Le rapporteur, M. J. CAILLAUX, en

---

(1) C. d'État, 27 février 1903, S. 1905. 3. 17 et la note de M. HAURIOU.

concluant au vote du crédit, ajoutait des observations destinées à servir de blâme : « Votre commission ne saurait se refuser à vous proposer l'adoption d'un crédit destiné à régulariser un paiement déjà effectué, et auquel l'État ne pouvait d'ailleurs se soustraire. Mais elle saisira cette occasion de remarquer de quelle étrange façon les affaires contentieuses sont dirigées.

Trop souvent les administrations cherchent des difficultés; elles en créent parfois. Dans presque tous les cas, de quelque façon que les différends surgissent, les chefs de service s'appliquent à faire traîner les litiges, à épuiser les voies de recours, soit qu'ils s'attachent à décourager les réclamants, en venant à bout de leurs moyens pécuniaires, soit que, par peur des responsabilités, ils n'osent pas recourir à des transactions. On fait traîner les affaires avec le secret espoir de léguer à un successeur éventuel un dossier délicat.

« De leur côté les tribunaux administratifs, par suite de l'insuffisance du personnel et de la multiplicité des affaires, prolongent les instances, alors qu'ils ont été institués pour rendre la procédure plus expéditive (1) ». Quelques exemples permettent d'apprécier la valeur de ces griefs. Dans l'affaire Lavie, la condamnation prononcée contre l'État s'élève pour le principal à 706.508 francs et pour les

(1) *Journ. off.* Chambre des députés, Docum. parlem., Session ordinaire de 1898, Annexe n° 213, p. 1374.

intérêts moratoires à 683.616 fr. 11. Dans l'affaire Faga, le principal n'excède pas 10.861 fr. 25, les intérêts et dépens s'élèvent au chiffre extraordinaire de 589.138 fr. 75 (1). Le procès Lavie, engagé devant le conseil de préfecture d'Alger en avril 1886, résolu par le Conseil d'État le 28 janv. 1898, a duré douze ans. M. Aimond, au cours de la discussion (2), cite des dossiers envoyés par le Conseil d'État à l'examen des bureaux de la guerre, qui sont restés 14 mois avant de rentrer au Conseil. M. Caillaux constate, à l'occasion de condamnations prononcées contre des agents du ministère de la Marine dans l'affaire Faga, que ces agents ont reçu du ministère des gratifications correspondant au montant des condamnations encourues (3). Et l'on a parfois des raisons de penser que l'Administration, après avoir épuisé tous les moyens dilatoires, cherche encore à éluder les conséquences de sa condamnation.

Assurément, tous ces cas sont exceptionnels : il ne faut pourtant ni les ignorer, ni les tenir pour négligeables, quand on cherche à savoir comment est rendue la justice administrative. Mais, en même temps, il faut reconnaître que les abus dont on se plaint sont imputables à l'administration plutôt qu'aux corps juridictionnels ; il y a plus, ces abus eux-mêmes permettent d'apprécier les difficultés qu'ont

(1) Rapport précité, p. 1374.
(2) *Journal officiel,* 12 juill. 1898, p. 2068, col. 3.
(3) *Journal officiel, loc cit.,* p. 2069.

rencontrées les juges administratifs, le courage et le sentiment de leur devoir nécessaires pour en triompher.

En dépit des privilèges de l'Etat placé dans bien des cas hors du droit commun, malgré l'absence de la garantie de l'inamovibilité, la jurisprudence administrative n'est pas moins remarquable que la jurisprudence civile. Dans toutes les matières qui peuvent se prêter à une comparaison, — dons et legs, questions de propriété, dérivation et captage des sources, atteinte portée à la propriété par des arrêtés de délimitation, formation des contrats, enrichissement sans cause, gestion d'affaires appliquée aux services publics, responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, — on peut se demander si la jurisprudence administrative n'a pas le plus souvent devancé la jurisprudence civile : sa marche tout au moins est plus hardie, plus franchement progressive. Par contre, la jurisprudence civile, même dans les constructions qui sont son œuvre propre, comme celle de l'inaliénabilité de la dot mobilière, a quelque chose de plus juridique. Le lien qui rattache la solution au principe, le principe au texte de la loi est plus solide. Et ce n'est pas là une pure qualité de forme, destinée à satisfaire l'esprit juriste. C'est au fond une chose importante. Les tribunaux ont en réalité pour mission principale d'assurer « le règne de la loi » (1): il n'est

(1) Michoud, Les conseils de préfecture et la justice administrative. *Revue politique et parlementaire,* mai 1897, t. XII, p. 281.

donc pas indifférent qu'on sente en eux la ferme volonté de se soumettre à la loi en l'interprétant. La justice administrative laisse plutôt l'impression d'une juridiction qui se donne à elle-même une règle et détermine sa propre loi. Le juge est un administrateur pesant tous les avantages, tenant compte des différentes considérations qui peuvent agir sur l'esprit d'un homme prudent et prévoyant, ayant le souci des intérêts généraux et désireux de ne pas sacrifier les droits privés. C'est parce que le Conseil d'État était à la fois un corps juridictionnel et un corps administratif qu'il a jugé possible d'étendre le recours pour excès de pouvoir (1), la responsabilité des patrimoines administratifs, qu'il a pu adopter, ce que M. Hauriou appelle ingénieusement « une politique jurisprudentielle » Un tribunal eût été sûrement plus réservé (2).

---

(1) C'est pour la même raison que l'annulation d'un acte entaché d'excès de pouvoir a pu produire effet *erga omnes*, dépassant ainsi le domaine de la chose jugée. Conf. Berthélemy, *Traité de Droit administr.*, 1re éd., p. 879 ; Hauriou, Les éléments du contentieux. *Rec. de législ. de Toulouse*, 1905, p. 2 et 11.

(2) Les parties, disait M. Aucoc à l'Académie des sciences morales et politiques, « se sont aperçues que, dans beaucoup de circonstances, le Conseil d'État les protégeait d'une manière plus efficace que la Cour de cassation contre les rigueurs ou les excès de pouvoir de l'Administration. J'ai eu souvent, dans le cours de ma carrière au Conseil d'État, l'occasion de faire ces comparaisons. Pour les servitudes de voirie, le Conseil

Cette idée que la justice administrative doit être une justice d'équité, une sorte de concession bienveillante, a donc eu des conséquences heureuses; nous le reconnaissons volontiers. Mais ceux que cette conception a séduits (1), qui en ont le mieux compris les avantages, doivent eux-mêmes nous accorder qu'on ne peut sans danger s'attacher obstinément à elle. Il faut savoir y renoncer avant de l'avoir épuisée, et se rendre compte qu'elle ne peut désormais qu'affaiblir le sentiment du droit, qu'elle ne correspond plus aux aspirations, aux exigences du temps présent.

Et puisqu'il faut conclure, nous souhaitons à la jurisprudence civile et à la jurisprudence administrative de s'emprunter mutuellement les qualités qui les distinguent. N'est-il pas possible d'espérer que la jurisprudence administrative, sans cesser d'être progressive, équitable, ait un plus grand souci du droit, de la légalité, — et qu'à son tour la justice civile,

---

d'État et la Cour de cassation, appliquent les mêmes textes, notamment un édit qui remonte à Henri IV, l'un en matière de grande voirie, l'autre en matière de petite voirie. La jurisprudence de la Cour de cassation est bien plus rigoureuse que celle du Conseil d'État, et cette différence dure depuis cinquante ans». *Séances et trav. de l'Ac. des sc. mor.*, 1894, t. I, p. 92.

(1) « Je suis donc un partisan décidé de notre droit administratif français. J'en aime les théories ingénieuses et j'accepte qu'il soit fondé sur la prérogative de l'Administration puisqu'aussi bien cela paraît être le parti le plus sage ». HAURIOU, *Précis*, 5e éd., Introd., p. 19.

sans cesser de s'appuyer sur la loi, soit plus humaine, plus accessible aux justiciables, plus soucieuse de ce que les socialistes, par opposition à la richesse, appellent « les biens personnels ». Ce double résultat, transformer une juridiction d'équité en une vraie justice et « socialiser » la justice ordinaire, n'est pas aussi contradictoire qu'il le paraît. « Nous sommes, disait WALDECK-ROUSSEAU (1), un pays de légalité » ; nous voulons assurer le respect du droit par la loi. Mais en même temps nous nous faisons du droit une idée toujours plus élevée et plus compréhensive : nous voulons le purger des deux vices qui l'ont infecté, l'esprit de classe, et la raison d'État.

De telles transformations supposent nécessairement une décisive intervention législative. Le renouvellement d'une jurisprudence ne peut pas être exclusivement l'œuvre du juge : le législateur pose les principes et détermine la direction. La revision du Code civil est actuellement sur le chantier : pour le droit administratif, on n'entrevoit pas la possibilité d'une refonte générale. Mais on pourrait faire utilement ce que le droit anglais appelle une consolidation. Le moment serait particulièrement favorable pour entreprendre de fixer clairement et raisonna-

---

(1) « Nous sommes un pays de légalité, nous sommes des Latins, de cette race à laquelle la loi écrite a paru plus nécessaire, qui n'y voit pas seulement des synthèses abstraites, mais la mesure et la sauvegarde de ses droits ». Sénat, séance du 27 juin 1903, *Journ. off.* du 28, p. 1153.

blement les limites des deux contentieux (1). On en profiterait pour édicter quelques règles d'une portée générale, qui serviraient d'étai à tout cet édifice, et constitueraient *l'armature* du droit administratif.

---

(1) « La délimitation entre les deux contentieux s'est établie historiquement : nous ne pouvons prétendre qu'à la constater avec exactitude. Si l'on veut un autre principe de méthode, le seul qui puisse nous suivre d'un bout à l'autre de cette recherche est le suivant : Les tribunaux judiciaires n'ont pas le droit de connaître des actes de l'Administration, à moins d'y être autorisés par la loi ou par une jurisprudence équivalente à la loi... Existe-t-il un principe unique, d'où l'on puisse déduire, par voie de conséquence, les limites entre le contentieux judiciaire et le contentieux administratif ? Nous n'en connaissons pas ». ARTUR, Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions. *Revue de Droit public*, 1902, t. XVII, p. 443-444.

TABLE DES MATIÈRES